

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



**ASPECTOS ECONÔMICOS DA PRECISÃO DA DECISÃO
JUDICIAL**

Cláudia Cristina Cristofani

Orientadora: Professora Doutora Paula Vaz Freira

Mestrado Acadêmico
Ciências Jurídico-Econômicas

Lisboa, Maio/2015

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



**ASPECTOS ECONÔMICOS DA PRECISÃO DA DECISÃO
JUDICIAL**

Cláudia Cristofani

Tese apresentada na Faculdade de Direito de Lisboa, como pré-requisito indispensável para obtenção do título de mestre, perante o júri a ser construído.

Orientador: Professora Doutora Paula Vaz
Freira
Ciências Jurídico-Econômicas

Lisboa, Maio/2015

Para a mãe Corina e as filhas Marina e Vitoria.

Agradeço à minha mãe, às minhas filhas, à Justiça Federal e aos Professores Doutora Paula Vaz Freire e Doutor Fernando Borges de Araújo.

“I hope to show that some important aspects of economic organization take on a new meaning when they are considered from the viewpoint of the search for information” (STIGLER, George J.)

“Ignorance is like subzero weather: by a sufficient expenditure its effects upon people can be kept within tolerable or even comfortable bounds, but it would be wholly uneconomic entirely to eliminate all its effects. And, just as an analysis of man’s shelter and apparel would be somewhat incomplete if cold weather is ignored, so also our understanding of economic life will be incomplete if we do not systematically take account of the cold winds of ignorance.” (STIGLER, George J.)

RESUMO

O desafio principal do trabalho é apresentar o tema da precisão da decisão judicial segundo a Análise Econômica do Direito. Ao tempo em que se destaca a importância do assunto, procede-se à comprovação de que a legislação brasileira, ainda que implicitamente, regula o grau ótimo de precisão para cada série de situações, a depender da relevância do interesse em disputa e dos custos e benefícios sociais envolvidos no aumento do nível de acerto judicial. A precisão cresce na proporção em que mais e melhores informações sejam processadas pelo julgador, permitindo que fatos relevantes sejam acessados e que seja superada a assimetria informativa entre as partes e o terceiro neutro ao litígio. Maior a precisão, menor a margem de erro judicial (falsas procedências e improcedências). Contudo, a transformação de informação privada em pública envolve grandes custos, inclusive os de oportunidade, como o tempo despendido e a restrição de direitos contrapostos (v.g., direito constitucional à privacidade de partes e testemunhas). A sociedade arca de forma preponderante com os custos de manutenção dos tribunais, subsidiando o serviço público judicial. A par dos custos, para além do sentimento geral de justiça, aumentar a precisão da decisão judicial cumpre objetivos sociais, como moldagem comportamental e cumprimento da norma. Pode, ademais, ser substituto atraente para outros meios mais dispendiosos de dissuasão, como a severidade das sanções e a expansão do aparato coativo estatal. Por isso que o ordenamento jurídico estabelece o grau de precisão da decisão judicial, determinando o fluxo de informações no processo, com base na relevância dos direitos em disputa – v.g., as causas singelas são processadas segundo ritualística simplificada relativamente ao procedimento plenário, previsto para os delitos apenados com mais de 4 anos de reclusão. Definir o nível adequado de precisão da decisão judicial reduz custos e promove a eficiente alocação da estrutura judicial escassa, colaborando para mitigar a exaustão do bem comum e para o aproveitamento social das vantagens do *enforcement* privado em áreas pouco desenvolvidas do Direito.

Palavras-chave: Análise econômica do direito; Precisão da decisão judicial; Litigância; Dissuasão; Custos do processo.

ABSTRACT

The main challenge of this academic work is to present the theme of judicial accuracy according to the Law & Economics. While the study highlights the importance of the subject, it also leads to the conclusion that Brazilian legislation, even implicitly, regulates the optimum degree of accuracy, depending on the relevance of the value at stake. Accuracy grows in proportion to the availability of more and better information, allowing access to relevant facts and the ability to overcome informational asymmetry between the parties and the Court. Greater accuracy lowers the margin of judicial error. However, large costs ensue when private information becomes public, including time spent and the restriction of competing constitutional rights (e.g., privacy of the parties and witnesses). Society largely assumes maintenance costs of the courts, subsidizing the public judicial system. In spite of the costs and beyond questions of fairness, increased judicial accuracy fulfills social objectives, such as behavioral modeling and compliance with law. It can, moreover, be an attractive substitute for other more expensive means of deterrence, such as the severity of sanctions and the expansion of enforcement. This is why the law establishes levels of accuracy of judgment, determining the flow of information in the process based on the relevance of the rights in a dispute – e.g., small claims are processed according to simpler procedures than felonies. Thus, setting the appropriate level of precision in judicial decision-making reduces costs and promotes the efficient allocation of limited judicial resources.

Keywords: Law & Economics; Judicial accuracy; Litigation; Deterrence; Costs of judicial proceedings.

Lista de Abreviaturas

CPC - Código de Processo Civil, Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Não foi utilizado o Novo Código de Processo Civil, que ainda não está em vigor, aprovado poucos dias antes do depósito da presente dissertação

CF- Constituição Federal Brasileira, de 5 de outubro de 1988

CPP - Código de Processo Penal Brasileiro, Decreto Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941

PIB - Produto Interno Bruto

AED - Análise Econômica do Direito

EUA - Estados Unidos da América

STJ - Superior Tribunal de Justiça

STF - Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
JUSTIFICAÇÃO METODOLÓGICA	17
PARTE I – O PROBLEMA DA PRECISÃO JUDICIAL	23
1 RELEVÂNCIA E DELIMITAÇÃO DO TEMA	23
1.1 Precisão Da Decisão Judicial E A Informação Como Prova	23
1.2 A Construção Do Tema	26
1.2.1 O Problema	26
1.2.2 Delimitação Do Objeto Do Estudo	26
1.3 Perspectivas Positiva E Normativa	27
1.4 O Tema No Brasil E O Estado Da Arte	30
2 EFICIÊNCIA E PRECISÃO DA DECISÃO JUDICIAL	33
2.1 A Administração Da Justiça Como Serviço Extra-Mercado E O Desafio Da Definição De Critérios De Eficiência	33
2.2 ‘Julgando Os Juízes’	35
2.3 Imprecisão E Erro	40
3 NÍVEL ÓPTIMO DE PRECISÃO	42
3.1 A Assimetria Informativa E O Grau De Precisão Judicial Em Contexto	42
3.2 Jurisdição E Informação	48
3.2.1 A Informação Na Economia E No Direito	49
3.2.2 Decisão Judicial, Informação Imperfeita E Precisão	55
3.3 A Lei Como Determinante Do Grau De Precisão	71
3.3.1 Regras Processuais	74
3.3.2 Regras De Direito Material	79
PARTE II – PRECISÃO E ENQUADRAMENTO INSTITUCIONAL	84
1 PRINCÍPIOS E NORMAS CONSTITUCIONAIS: CONTEXTO INSTITUCIONAL E PRECISÃO	84
1.1 O Processo Judicial E A Realização De Valores Constitucionais	84
1.2 Conflito De Direitos Constitucionais, Escassez E Escolhas	89
2 PODER JUDICIÁRIO: FUNÇÕES E CONDICIONANTES DE ATUAÇÃO	92
2.1 Estrutura Dos Poderes Do Estado E Custos De Informação	92
2.2 Interpretação Da Lei, Vivificação Do Direito E Comportamento	96
2.2.1 Função Da Norma: Conduta E Incentivos	96

2.2.2 Poder Judiciário E Interpretação Da Lei	104
2.3 Congestionamento Do Sistema Judicial	106
2.4 Cumprimento, Sanção E Precisão Da Decisão Judicial	111
2.4.1. Sanção E Cumprimento (Enforcement)	114
2.4.2 Importância Do Enforcement Privado.....	123
2.4.3 A Decisão De Ingressar Em Juízo	126
PARTE III – DECISÃO JUDICIAL, NORMAS E INFORMAÇÃO	129
1 ANÁLISE DE CUSTOS E DE BENEFÍCIOS ASSOCIADOS À VARIAÇÃO DO NÍVEL DE PRECISÃO JUDICIAL	129
1.1 Custos.....	134
1.2.1 Custos E Escassez.....	134
1.2.2 Custos Do Litígio E Custos Do Aumento Da Precisão Judicial.....	137
1.2.3 Custos Monetários E Custos Econômicos.....	139
1.2.4 Custos Privados E Custos Sociais	142
A) Tributação, Dead Weight Loss E Iniquidade	147
B) Tributação Sobre O Consumo E Desigualdade Social	149
C) Prejuízos À Livre Concorrência	151
1.2.5 Subsídio Estatal Aos Litigantes.....	152
2 BENEFÍCIOS SOCIAIS DO ACRÉSCIMO DE PRECISÃO NA DECISÃO JUDICIAL	156
2.1 Benefícios Privados E Benefícios Públicos	156
2.2 Modelagem De Comportamentos	160
2.2.1 Dissuasão De Comportamentos Ilícitos.....	160
2.2.2 Comportamento Jurídico Das Partes.....	164
2.2.3 Comportamento De Contratantes	166
2.3 Apuração De Danos	170
2.4 Aperfeiçoamento Das Normas	171
3 BALANÇO ENTRE CUSTOS E BENEFÍCIOS	174
3.1 Regras E Standards	174
3.2 Custos Da Ponderação Em Conflitos Constitucionais	180
3.3 Custos E Benefício Marginal De Precisão.....	184
PARTE V – APLICAÇÃO DA TEORIA ECONÔMICA DA PRECISÃO JUDICIAL	186
1 JULGAMENTO POR AMOSTRAGEM (TRIAL SAMPLING)	186
1.1 Litígios De Massa	186

1.2 A Controvérsia Na Fixação Do Valor Dos Danos	191
1.3 Julgamento Por Amostragem (<i>Trial Sampling</i>)	194
CONCLUSÃO	198
REFERÊNCIAS	201

INTRODUÇÃO

Tribunais despendem volumosos recursos processando informações em prol da precisão¹ de suas decisões, visando diminuir a razão de errôneas absolvições e condenações, supondo-se que, até determinados limites, mais precisão será obtida quando melhor informação se tornar disponível ao julgador.

Não se trata de avaliar a ‘Justiça’ ou a exatidão² de decisões judiciais, contudo incremento de precisão da decisão judicial pode ser esperado quando os fatos do mundo fenomênico que embasam a aplicação do Direito - quem fez o quê, causando qual resultado - possam ser admitidos com maior segurança como verdadeiros - v.g., é mais acurada a

¹ O termo empregado pela doutrina americana, na verdade, não é *precision*, mas *accuracy*, que pode, no âmbito das ciências sociais, ser vertido para o português como precisão. No campo das ciências exatas os termos não se equivalem, contudo. A avaliação mais acurada é a mais fiel ou mais próxima à exatidão, ao passo em que a precisão diz apenas com a repetitividade do resultado obtido, independentemente de seu “acerto”. Qualquer medida está sujeita a variados tipos de erros, como grosseiros (detectáveis a qualquer tempo), sistemáticos (tendências) ou ainda aleatórios (randômicos), impedindo que o valor verdadeiro (ou exato) de uma grandeza seja rigorosamente conhecido. Tais erros afetam a acurácia e a precisão. A exatidão é conceito abstrato: a realidade não pode ser perfeitamente avaliada ou medida. Na prática, contudo, pode-se dispor de grandezas (medições) com qualidade superior. Mikhail e Ackermann, no campo da engenharia, definem acurácia como sendo o grau de proximidade de uma estimativa com o seu parâmetro, ou seja, proximidade da avaliação ao valor verdadeiro, enquanto a precisão consiste na repetitividade dos mesmos resultados em diversas medições - ainda que tais resultados sejam muito pouco verdadeiros. O exemplo do tiro ao alvo costuma ser invocado para diferenciação. Se dois atiradores concentrarem todos os seus disparos em um determinado ponto do alvo, ainda que longe do centro, significa terem precisão, por ausência de dispersão - contrariamente, a falta de precisão estaria expressa pela dispersão dos disparos ao longo de toda a superfície do alvo. Contudo, tais atiradores, ainda que precisos, poderão distinguir-se em acurácia, a depender da tendência de cada qual: aquele que conseguir atingir o centro do alvo será mais acurado (terá menos tendência) do que o que concentrar seus disparos na extremidade superior direita - este será preciso, já que os disparos estão concentrados, mas não acurado, pois os disparos não atingiram o centro do alvo. O deslocamento do centro para o canto superior direito estará revelando a tendência constante do atirador, sendo ele, portanto, apesar de preciso, menos acurado. Diz-se que a precisão está vinculada apenas aos efeitos aleatórios (erros específicos e individuais de medição), ao passo em que a acurácia vincula-se tanto aos efeitos sistemáticos (tendência) quanto aos aleatórios (dispersão de resultados em medições específicas): qualifica resultados mais próximos do parâmetro e também passíveis de repetição (MONICO, João Francisco Galera [et al]. **Precisão e Acurácia**: revendo os conceitos de forma acurada. Bol. Ciênc. Geod., Sec. Comunicações Curitiba, v. 15, no 3, p. 469-483, jul-set/2009). Considerando-se a ausência de tradição do termo acurácia no campo das ciências sociais opta-se pela tradução do termo *accuracy* por precisão.

² A exatidão é parâmetro abstrato porque inalcançável, sendo meramente convencional - lembrando o que foi dito na nota 3, embora seja impossível saber a medida exata de qualquer objeto, como de um aparelho de televisão, ou o número exato de hemácias presentes em dado momento na corrente sanguínea de determinada pessoa, existem parâmetros de amostragem ou medição convencionalmente aceitos, como o sistema astronômico de unidades, ou o sistema métrico utilizado em muitos países, este último fruto de vigor político-revolucionário, vez que adotado após a Revolução Francesa para expurgar o Sistema Imperial, estabelecido pelos reis ingleses, por vezes com base no tamanho do corpo dos monarcas - é dito que o Rei Henry I (1100-1135) decretou que ‘yard’ seria “a distância da ponta do nariz do rei até o fim do seu polegar estendido” - (ACKROYD, Peter. **Foundation: the history of England from its earliest beginnings to the Tudor**. V. 1. Thomas Dunne Books: Nova Iorque, 2011, p. 77). Estas convenções, nunca exatas, permitem sejam simbolizadas grandezas, e a maior quantidade de dígitos à direita da vírgula irá variar conforme a finalidade pretendida pela avaliação.

declaração judicial de paternidade calcada em exame de DNA, do que a procedida com base em depoimento de testemunha.

Como a produção de melhores provas e a apreensão do sentido da lei envolve consideráveis custos privados e sociais, a legislação provê escolhas e estabelece limitações, ainda que implícitas, do volume de informações que será vertido para cada gama de controvérsias, em função da relevância dos interesses em litígio. “O tanto de controvérsia tem sido um item consistentemente considerado para determinar o quanto do processo legal é 'devido'”.³

Deste modo, a prescrição de variados ritos processuais, que serão mais ou menos complexos em função da importância do direito material em discussão, interfere diretamente no nível de precisão da decisão judicial, regulando custos de produção de provas destinadas a superar a assimetria informativa que o julgador mantém com as partes. O julgamento de causas singelas se relaciona a ritos simplificados, como os afetos aos Juizados Especiais, ao passo em que a cominação de pena de reclusão superior a 4 anos é precedida de procedimento plenário, composto por diversos atos destinados à demonstração robusta de fatos e aos debates entre as partes.

Os investimentos sociais em acurada solução de litígios se justificam porque a precisão da decisão judicial, além de estar vinculada ao sentimento geral de justiça, cumpre diversos objetivos sociais, ligados à coordenação social, ao aprimoramento do ordenamento jurídico, à compreensão de obrigações legais e à prevenção de ilícitos. No âmbito do direito processual, benefícios se relacionam à redução da litigância de má-fé, ao estímulo para que partes ajuízem litígios que demandam grande precisão da corte, possibilitando sejam sancionados em nível ótimo os comportamentos ilícitos a eles relacionados, ao cumprimento voluntário das sentenças e à adesão a acordos preventivos ou terminativos de litígio. Ainda segundo Kaplow,⁴ o aumento de precisão na fixação dos danos em condenações por responsabilidade civil inibe ilícitos quando o agente pode prever *ex ante* tanto o maior grau de precisão da adjudicação quanto o valor real dos danos.

Aumentar a precisão judicial pode ser substituto atraente para outros meios mais dispendiosos de obtenção de cumprimento da lei⁵, como ampliação da severidade das sanções e dos investimentos em fiscalização e coerção estatal. Estabelecer o grau ótimo de precisão da

³ McG. BUNDY, Stephen. **Valuing Accuracy - Filling out the Framework:** Comment on Kaplow. The Journal of Legal Studies, v. 23, n. 1, jan/1994, p. 412.

⁴ KAPLOW, Louis. **The value of accuracy in adjudication:** an economic analysis. The Journal of Legal Studies, v. 23, n. 1, jan 1994.

⁵ McG. BUNDY, Stephen. Op. Cit., p. 418.

decisão judicial torna mais eficiente a alocação dos serviços públicos judiciais, evitando o congestionamento e abrindo espaço para que, planejadamente, o enforcement privado seja estimulado em áreas do direito que necessitam de desenvolvimento, como o direito da concorrência e a anticorrupção⁶.

Opostamente, a absoluta inverificabilidade de estados de mundo, ainda que derive do custo proibitivo, conduz à máximos de radical incompetência judicial⁷, o que provê incentivos para que as partes “conheçam e contem com essa margem de falibilidade judicial, incorporando-a nas suas estratégias mais ou menos oportunistas”.⁸ Ilustrativamente, no âmbito da responsabilidade civil a incompetência judicial pode forçar que exercentes de atividades lícitas adotem medidas de precaução para além dos parâmetros exigíveis, ao preço da dissipação de recursos e da inibição da atividades socialmente úteis, dado o temor de que os tribunais mal interpretem, *ex post factum*, os conceitos de negligência - observe-se que a sofisticação e as exigências da tradicional responsabilidade civil são bastante dependentes da verificabilidade.⁹

É crucial que legisladores, aplicadores e intérpretes do Direito possam distinguir e compreender amplamente as opções legais relacionadas à vazão da informação no processo e ao grau de precisão da decisão judicial.

Com a finalidade de testar a teoria, tenha-se em conta, inicialmente, que o aumento de precisão em algumas hipóteses pode não justificar o seu custo. A quantificação judicial de danos morais ou materiais impingidos a grandes categorias de indivíduos ou “massas de pessoas”¹⁰ pode ser procedida com menor grau de precisão individual através do uso de médias estatísticas, baseadas em resultados de processos-amostra julgados previamente (*trial sampling*)¹¹ ou na sedimentação jurisprudencial, como ocorre nos casos de indenização por

⁶ A título de ilustração, nos USA, ações judiciais propostas por particulares sob a égide do Federal False Claims Act (1863) ensejaram a recuperação de valores federais malversados na ordem de 30,2 bilhões de dólares, contra 14,4 bilhões recuperados pelo enforcement público (período de 1986/2014), sem considerar as responsabilizações penais derivadas destas demandas.

⁷ O termo incompetência judicial não é aqui empregado em sua acepção jurídica (matéria tratada pelos arts. 94 e seguintes, do CPC), nem no sentido coloquial que se empresta ao adjetivo. Refere-se aos limites naturais de apreensão de estados de mundo pelo terceiro imparcial que deverá solver um litígio, em virtude de entraves como a impossibilidade de apreensão de fatos - como o elemento subjetivo ou a motivação das partes, inclusive a de “discernir condutas sinceras e fraudulentas” (ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 523 e 566).

⁸ Ibidem, p. 569

⁹ Ibidem, p. 856

¹⁰ RODRIGUES, Ruy Zoch. **Ações Repetitivas**: casos de antecipação de tutela sem o requisito de urgência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 31.

¹¹ Sobre o assunto ver: BONE, Robert G. Statistical adjudication: rights, justice, and utility in a world of process scarcity. **Vanderbilt Law Review**, v. 46, p. 598-617, 1993; SAKS, Michael J.; BLANCK, Peter D. Justice improved: the unrecognized benefits of affregation and sampling in the trial of mass torts. **Stanford Law Review**, v. 44, p. 833-841, 1992; CHENG, Edward K. When 10 trials are better than 1000: an evidentiary perspective on

inclusão indevida em cadastro de devedores, quando é dispensada a prova do dano e de seu valor, adotando-se, para fixação, patamares médios.¹²

Além da celeridade e do menor custo geral, o controle do grau de precisão individual acaba por promover resultados mais igualitários para universos homogêneos de litigantes e por corrigir eventuais desvios, erros ou tendências, constatáveis no processamento de casos individuais, ampliando, de forma coordenada, a externalidade positiva decorrente do compartilhamento dessas informações - nada impedindo que, utilizado o dano médio como base, outros fatores particulares sejam considerados, na forma da lei, para a minoração ou o aumento do montante a pagar. Nesse sentido, propõe-se a redução da precisão na quantificação desses prejuízos, mediante a adoção de tabelas de valores médios, produzidas estatisticamente com base em julgamentos-amostra ou no repertório jurisprudencial, com estrito cumprimento de variáveis jurídicas, o que apresentaria vantagens sociais e estruturais consistentes.

É lícito supor que a sociedade possa legitimamente optar por investir menos em precisão na decisão judicial, principalmente se o ganho marginal de qualidade não for significativo e somente seja passível de obtenção com relevante dispêndio de recursos e tempo. Tal procedimento favorece a redução do congestionamento da estrutura judicial, permite sejam apropriados os benefícios sociais do enforcement privado, com a abertura de planejamento de espaço para demandas sublitigadas, relativas a direitos que necessitem de desenvolvimento, desafogando o escasso orçamento destinado aos órgãos públicos.¹³

trial sampling. **University of Pennsylvania law review**, v. 160, n. 4, p 955-965, March 2012; LAHAV, Alexandra D. Bellwether Trials. **The George Washington Law Review**, v. 76, p. 576-638, 2008; ROSENBERG, David; SHAVELL, Steven. A simple proposal to halve litigation costs. **Virginia Law Review**, v. 91, 2005; DOMINGUES, Victor H. Quanto vale a causa? Uma análise estatística das sentenças de telefonia no âmbito dos juizados especiais. **XVII Annual Conference, Latin American and Iberian Law and Economics Association**, Rio de Janeiro, 17-18/jun/2013.

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 696.717/SE, Quarta Turma, Brasília, 24 de novembro de 2008.

¹³ Sobre os limites orçamentários de órgãos públicos, que obrigam a escolhas (do que investigar, e em que grau de precisão atuar etc.) impostas pela escassez, ver AZEVEDO, Paulo F. **Análise Econômica da Defesa da Concorrência**. In.: TIM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas Editora, 2012, p. 266-295.

O tópico será tratado sob o prisma da Análise Econômica do Direito¹⁴, especialmente nos estudos de Louis Kaplow¹⁵⁻¹⁶ e de Richard Posner.¹⁷⁻¹⁸ Foram descartadas as opções justificáveis apenas sob o ponto de vista do processo individual, mas que não podem ser replicadas no universo da litigiosidade global em virtude de limites que se tornam evidentes, ou que não sejam aprovados no teste da universalidade¹⁹. Agregam-se ao debate algumas ideias-chave pouco exploradas pelas ciências jurídicas, mas reconhecidas pelas ciências econômicas, como a da escassez de recursos e consequente necessidade de escolhas distributivas, e, particularmente, da assimetria informativa e do grau ótimo de precisão judicial, além da menção à estatística ou à econometria,²⁰ que possibilita a quantificação média de danos, ou o cálculo do valor dos danos por amostragem.

O presente trabalho está dividido em 4 partes. A Parte I diz respeito à definição e à delimitação do tema. Sublinha-se a sua importância, assinalam-se os seus determinantes e as correlações necessárias. Ainda, o tema é horizontalmente identificado e contextualizado, indicadas as perspectivas de abordagens. Produz-se um retrato panorâmico da precisão na decisão judicial com ênfase à sua relação com conceitos a ela aproximados, como assimetria informativa, erro, eficiência, custos e benefícios sociais - embora algumas de tais categorias

¹⁴ Para tanto, será vertido ao português – de forma pioneira e sub censura – algumas concepções estrangeiras, especialmente providas dos Estados Unidos. Destacando-se a importância de que sejam incorporados ao debate nacional argumentos da “mais bem-sucedida corrente jurídica norte-americana da segunda metade do século XX” (Harris, Landes e Posner, citados por ARAÚJO, Fernando. **Análise Econômica do Direito: Programa e Guia de Estudo**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 19), e que tem suas obras e autores dentre os mais lidos e citados nas revistas e bases de dados jurídicas norte-americanas: “quem hoje queira conhecer a doutrina jurídica norte-americana na maior parte dos temas... tem que ser versado em Análise Econômica do Direito - sob pena de os desenvolvimentos de vanguarda se lhe tornarem totalmente ininteligíveis, mesmo nos enquadramentos conceptuais mais básicos” (citando Manne, *ibidem*, p. 19).

¹⁵ KAPLOW, Louis. **The value of accuracy in adjudication: an economic analysis**. The Journal of Legal Studies, v. 23, n. 1, jan 1994, p. 356.

¹⁶ KAPLOW, Louis. **Accuracy in adjudication**. The new palgrave dictionary of economics and the law, v.1, p. 1-6, 1998.

¹⁷ Em especial: POSNER, Richard. **An economic approach to legal procedure and judicial administration**. Journal of Legal Studies, v. 2, 1973, p. 399-400).

¹⁸ POSNER, Richard. **An economic approach to the law of evidence**. John M. Olin Law & Economics Working Paper n. 66, Universidade de Chicago. Disponível em <<http://www.law.uchicago.edu/files/files/66.Posner.Evidence.pdf>>. Acesso em 2 de maio de 2015, p. 7.

¹⁹ Sublinhe-se que o presente trabalho não tem por objeto ou fundamento quaisquer perquirições no campo da filosofia jurídica, não integrando seus objetivos o debate moral ou a comparação entre critérios de Justiça. A reflexão gira em torno da questão da litigiosidade e da aplicação da lei, sem perquirições da essência dos elementos correlatos ao problema. Contudo, a ideia de submissão de propostas ao teste da universalidade - imaginar hipoteticamente, ou testar empiricamente, se será possível estendê-las a todos os demais casos semelhantes, presentes e futuros, à vista de evidentes constrangimentos (v.g., o custeio, pelo Estado, de tratamento médico padrão ouro a todos os pacientes, pode não passar no teste da universalidade, diante de constrangimentos orçamentários) não é todo estranha também à teoria moral kantiana.

²⁰ A econometria perfaz estudos de observações empíricas através de métodos estatísticos, sendo o trabalho estatístico guiado pela teoria econômica, que determina a direção mais relevante e proveitosa da pesquisa. Estudos empíricos e análises teóricas são complementares e se alimentam mutuamente, considerando que a validade de teorias deve ser testada empiricamente.

venham, nas etapas seguintes, a ser melhor detalhadas. Finalmente, comprova-se que o grau de precisão é objeto de definição pelo ordenamento jurídico brasileiro, pois diversas leis determinam o nível ótimo de precisão com que irá operar o sistema judicial - a lei rege a informação.

A Parte II visa situar a questão da precisão na decisão judicial no contexto institucional em que é produzida. Instituições, operando em contexto de recursos escassos, precisam cumprir eficientemente finalidades como interpretação da lei, vivificação do Direito e coordenação social, necessitando fazer opções em face de constrangimentos reais. À par de ser matriz de conflitos constitucionais, que tornam imperativas escolhas públicas, a escassez de recursos determina a estrutura institucional e o desenho dinâmico de soluções jurídicas adotadas pelo Poder Judiciário, e provoca problemas, como o do congestionamento. Ainda, explora-se a relação entre a decisão judicial, as normas e a informação - o trabalho do Poder Judiciário em sua dinâmica de fazer cumprir a norma, mesmo diante de constrangimentos informativos.

A Parte III, com foco na análise econômica da precisão judicial, propõe alguns parâmetros que possibilitam apreender os custos e os benefícios, privados e sociais, do aumento de precisão na decisão judicial, análise que pode orientar a criação, aplicação e interpretação de normas correlatas. Finalmente, a Parte IV esboça a aplicação da teoria econômica da precisão judicial, a título ilustrativo, para endereçar possível solução à quantificação de danos em litígios de massa, que afetam grandes grupos homogêneos, descrevendo caso de aplicação da técnica do trial sampling. Demonstra como a redução do grau de precisão individual para a quantificação de danos, em hipóteses determinadas, pode redundar em melhores resultados sociais e individuais.

JUSTIFICAÇÃO METODOLÓGICA

Calabresi e Melamed,²¹ discorrendo sobre o problema da atribuição de direitos, utilizam a metáfora “*uma vista da catedral*” (*One View of the Cathedral*) para enfatizar que estudos possam estar errados pela falta da visão total do fenômeno — sendo as relações jurídicas muito complexas para serem capturadas em apenas um fotograma²²:

Modelos geram “caixas” estanques nas quais alguém se sente compelido a comprimir situações que, na realidade, ali não cabem. Juristas, que tendem à esquematização, frequentemente buscam verificar quais categorias emergem de casos reais. Mas tal abordagem, embora traga vantagens inegáveis, renderá apenas ‘uma vista da Catedral’, negligenciando algumas das relações entre os problemas em jogo, situados para além das fronteiras do modelo construído.

A tese apresenta um desafio metodológico maior, consistente na integração entre as pesquisas econômica e jurídica.

As disciplinas que se debruçam sobre fenômenos humanos têm suposições fundamentais que frequentemente são violadas por diferentes campos científicos, sendo que a multidisciplinariedade favorece a correção e o amadurecimento reflexivo sobre tais conceitos, submetendo-os a questionamentos e, enfim, enriquecendo-os.

A própria natureza multidisciplinar do tema, e a feição incipiente da Análise Econômica do Direito no hemisfério sul, induz a que a análise dos aspectos econômicos da precisão na decisão judicial seja tema pouco conhecido do Direito brasileiro, não obstante sua extremada importância. Tal circunstância condiciona a opção metodológica, conduzindo a elaboração de *monografia* com feição *introdutória*.²³ Ainda, essa imaturidade traz, como reaultado, o inexpressivo inventário da produção acadêmica nacional (“*estado da arte*”), não tendo a presente tese natureza descritiva.

O presente trabalho está onerado metodologicamente pela necessidade de que, concomitantemente ao ingresso no território do ‘*problema*’ propriamente dito, seja circunscrito

²¹ CALABRESI, Guido; MELAMED, A. Douglas. **Property rules, liability rules and inalienability: one view of the cathedral.** Harvard Law Review, v. 85, n. 6, p. 1089-1128, abr/1972.

²² Ibidem, p. 1128.

²³ O grau de generalidade ou profundidade da escrita científica irá variar conforme o público ao qual se direciona (ALIOTTA, Marialuisa. **High vs. low impact-factor journals: what difference does it make to your writing style?** Academic Life, Edinburgh. Disponível em <<https://marialuisaaliotta.wordpress.com/2012/07/16/high-vs-low-impact-factor-journals-what-difference-does-it-make-to-your-writing-style/>>. Acesso em 10 de maio de 2015). A ausência de discussão do tema no Brasil indica menor familiaridade sobre os pontos-chave da questão, norteando a preferência, no presente relatório, pela exposição introdutória do problema.

explicativamente o tema,²⁴ demonstrada a sua utilidade e desvelados os relevantes conceitos operacionais básicos, situados no campo da análise econômica do direito. De fato, *Posner*²⁵ reconhece que juízes, advogados e professores de direito têm muita dificuldade para conectar direito e economia, que é a ciência das escolhas racionais em um mundo no qual recursos são limitados enquanto desejos e necessidades humanas são ilimitados.

A condição requer especial alerta, face aos “*perigos*”²⁶ da monografia convolar em exposição *panorâmica*, tendência que se buscou controlar ao longo do processo através da eliminação de algumas possibilidades exploratórias deveras interessantes, mas não comportáveis em um único trabalho; e através do confinamento da percepção mais acentuadamente panorâmica à condição de *pano de fundo*, o que se faz nomeadamente nas Partes I e II, aonde desenham-se os contornos, os desdobramentos, o cenário institucional e a relevância do tema.

A solução não impede que economistas se impacientem com a falta de profundidade dos conceitos econômicos manejados, porém favorece que apreendam como o fazer jurídico com eles se relaciona. O inverso também é verdadeiro. O produto final não se esgota no desfilar de conceitos básicos próprios à cada disciplina, mas aponta a sinérgica das possibilidades exploratórias no campo da informação/prova no processo judicial - e identificar a prova judicial como a *informação produzida segundo regras legais* permite a apropriação da perspectiva dos economistas, sofisticados utilizadores de dados por longo tempo.

Segundo *Eco*,²⁷ a *utilidade* da pesquisa acadêmica é requisito mesmo de sua *cientificidade*. Supõe o ingresso em um diálogo permanente, para que se acrescente do objeto de estudo algo mais, ou algo dito diferentemente, ao que a comunidade já sabia, contando a contribuição com algum grau de indispensabilidade e significância.

Se mal não faz que a pesquisa ambicione a *utilidade*, está justificada a aspiração a que transcenda os umbrais acadêmicos em direção aos operadores jurídicos - a ciência como promessa de solução de problemas contemporâneos. A tese é escrita “*à humanidade, não ao examinador*”²⁸, o que justifica, por sua utilidade, o tratamento *introdutório* de um tema ainda

²⁴ Há a necessidade de “formação de mercado” para o tema, por assim dizer.

²⁵ POSNER, Richard. **Economic analysis of law**. New York: Aspen, 2003.

²⁶ Como ensina Eco, teses panorâmicas, que contém tema por demais amplo - como “A Literatura Italiana do Pós-guerra aos Anos Sessenta”, exemplifica – são “perigosíssimas”, pois, à par da falta de modéstia, resultará, fatalmente, em superficialidade e lacunas, talvez inconclusividade, reconhecidas pela banca, dada a impossibilidade de bem cobrir o tema em sua larga extensão (ECO, Humberto. **Como se faz uma tese**. 19ª. ed., São Paulo: Ed. Perspectiva, 2005, p. 7-10).

²⁷ Ibidem, p. 22-23.

²⁸ “(...) por razões ocasionais, se dirige ao examinador, mas presume que possa ser lida e consultada, de fato, por muitos outros, mesmo estudiosos não versados diretamente naquela disciplina” (Ibidem, p. 115-116)

pouco explorado, devendo ser levado em consideração o grau de desenvolvimento local do problema e o nível de conhecimento e de domínio conceitual dos possíveis interlocutores,²⁹ em cotejo com a legítima esperança de sua utilidade para gerar consequências reais.

Muito embora permeado por conceitos econômicos, o presente projeto se pretende aplicável no campo jurídico. Tem por *objeto* fenômeno jurídico, qual seja, o grau de precisão no exercício da jurisdição pelos tribunais brasileiros. O produto da análise, muitas vezes econômica, de questões derivadas da aplicação da lei, constitui o *argumento* e a *evidência* a suportar conclusões. Ainda, a aplicação do conceito é exemplificada, ao final, através da solução de problema eminentemente jurídico (mensuração de danos em lesões de massa).

Também, pertine ao campo *jurídico* boa parte do ferramental metodológico. A função *jurisdicional* têm sua acepção na Constituição Federal - o Estado brasileiro é orientado pela tripartição de poderes, e em valores fundamentais que lhe pertinem, como o direito à ação e ao devido processo legal. A precisão na solução de litígio perpassa todo o ordenamento jurídico, dos códigos às leis esparsas, do direito processual ao material, e as fontes secundárias do direito, como jurisprudência, doutrina.

Deste modo, paralelamente ao estudo sistematizado de normas legais relevantes ao tema, empregam-se as ferramentas metodológicas da *análise econômica do direito*.

Mais especificamente:

1) manejam-se conceitos e modelagens oriundos da análise econômica do direito, assim como das ciências econômicas e das ciências jurídicas de *per se*;

2) procede-se a análise dogmática - legal, jurisprudencial e da doutrina jurídica - buscando:

a) demonstrar a presença da regulamentação, ainda que não explícita, do grau de *precisão jurisdicional* pela legislação;

b) apontar os valores constitucionais e jurídicos que subjazem ao tema;

c) compreender a evolução histórica e, principalmente, identificar tendências em torno do problema;

d) propor, a título de aplicação dos conceitos desenvolvidos, reflexão sobre solução jurisprudencial ou legislativa - o julgamento por amostragem, ou trial sampling - a um problema

²⁹ Por isso, o grau de generalidade ou profundidade da escrita científica irá variar segundo o meio no qual o tema estará inserido ou o público ao qual se direciona. (ALIOTTA, Marialuisa. **High vs. low impact-factor journals: what difference does it make to your writing style?** Academic Life, Edinburgh. Disponível em <<https://marialuisaaliotta.wordpress.com/2012/07/16/high-vs-low-impact-factor-journals-what-difference-does-it-make-to-your-writing-style/>>. Acesso em 10 de maio de 2015). A ausência de discussão do tema no Brasil indica menor familiaridade sobre os pontos-chave da questão, norteados a preferência, no presente trabalho, pela exposição introdutória do problema.

prático-jurídico, o da quantificação judicial dos danos em lesões perpetradas a grandes grupos de titulares de direitos.

3) utilizam-se, em menor escala, pesquisas quantitativas ou empíricas já realizadas, para detecção de problemas, comprovação de pontos de vista e formulação de propostas. Observe-se que:

a) na análise *positiva*, pesquisas empíricas detectam padrões de condutas ou se a norma está atingindo os seus objetivos práticos pretendidos; e

b) na análise *normativa*, dados poderão fundamentar propostas de aperfeiçoamento legislativo e de políticas públicas.³⁰

O uso concomitante e integrado da pesquisa *econômica* tem como objetivos:

a) despertar a consciência de juristas para os as opções legais e interpretativas relacionadas ao grau de precisão jurisdicional;

b) sugerir parâmetros que possam ser levados em conta para o estabelecimento do grau ótimo de precisão jurisdicional aplicável a situações jurídicas diversas, diante da necessidade de tomada de decisão em contexto de escassez;

c) identificar o *trade off* entre os custos e os benefícios sociais envolvidos no aprimoramento do grau de precisão judicial - vale dizer, efetuar opções conscientes entre os custos envolvidos na captação de informação e as vantagens dela decorrente;

d) ressaltar efeitos reais de opções, examinados à luz da função expressiva da lei e dos incentivos fornecidos pelo ordenamento jurídico vivificado;

e) utilizar as ferramentas da economia, como estatística e econometria, para o desenvolvimento da sugestão apresentada a título de aplicação dos conceitos da tese.

Ainda, desponta como evidente a busca de conciliação entre os achados da realidade e o ideal da norma. Para tanto, perfaz-se:

1) análise *positiva* (âmbito do ser), consubstanciada na identificação de efeitos concretos e de estímulos, muitas vezes imperceptíveis ao jurista ou a norma, que o direito factibilizado exerce sobre as condutas de agentes, e

2) análise *normativa* (âmbito do dever ser), que estabelece parâmetros a seguir, propondo, para o que aqui interessa, quais as políticas públicas necessárias a uma organização eficiente do sistema jurídico³¹.

³⁰ FERNANDEZ, Leandro. **Metodologia da pesquisa e a análise econômica do direito**: fundamentos de uma abordagem consequencialista da investigação jurídica. Debate Virtual, Unifacs, n. 159, 2013. Disponível em <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2766/2011>>. Acesso em 15 de maio de 2015.

³¹ “A AED [Análise Econômica do Direito] positiva nos auxiliará a compreender o que é a norma jurídica, qual a sua racionalidade e as diferentes consequências prováveis decorrentes da adoção dessa ou daquela regra, ou seja,

Como norte, o trabalho segue fiel à pretensão de ver reduzida a lacuna entre o positivo e o normativo. Como afirma *Vermeule*, interagem ambas pelo “*poder normativo do factual*”³², já que a teoria positiva constitui a um só tempo *fonte* e *limitação* da teoria normativa; e enquanto *limitação*, as constatações positivas serão fonte indireta de argumentos normativos novos.

“Ainda que argumentos positivos sobre fatos e causalidades não possam modificar diretamente as preferências ou os valores coletivos, reivindicações positivas inéditas podem fornecer informação nova que modifica as preferências derivadas de diferentes políticas públicas, regras legais e arranjos institucionais”.³³

A bibliografia pesquisada tem origem predominantemente norte-americana e portuguesa, ao passo em que a legislação pesquisada é majoritariamente a brasileira.

Considerando-se que grande parte do material bibliográfico foi produzida nos Estados Unidos, local em que o tema vem recebendo tratamento, apresenta-se, como desafio metodológico menor, a tradução e a transposição de conceitos jurídicos presentes no direito norte-americano para o contexto brasileiro, envolvendo o estudo dos princípios básicos do direito norte americano e da *common law*.

Tal não seria obtido sem a expertise da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, mais importante centro de difusão e pesquisa da Análise Econômica do Direito em língua portuguesa, que, abrindo caminho, à par da produção de conhecimento original de elevada qualidade e importância, sedimentou, na língua pátria, grande parte das opções terminológicas e definições conceituais e realizou a transposição dos conhecimentos do sistema anglo-saxônico ao direito continental, orientando os passos do presente trabalho.

Muito embora os desenvolvimentos da Análise Econômica do Direito no hemisfério norte, o ponto focado não conta com exuberante literatura, ou debate amplo e amadurecido, sequer naquela região.

A inspiração e o método partem da literatura estrangeira; os achados são fruto da pesquisa da legislação brasileira e da localização de um padrão nítido de tratamento legal da

a abordagem é eminentemente descritiva/explicativa com resultados preditivos. Já a AED normativa nos auxiliará a escolher entre as alternativas possíveis a mais eficiente, isto é, escolher o melhor arranjo institucional dado um valor (vetor normativo) previamente definido” (GICO JÚNIOR. Ivo. **Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito**. *Economic analysis of law review*, v.1, nº 1, jan./jun. 2010, p. 20).

³² VERMEULE, Adrian. **Connecting positive and normative legal theory**. *Journal of Constitutional Law*, v. 10, n. 2, jan/2008, p. 389

³³ Ibidem, p. 390. Sobre o tema, ver também MANDEL, Igor. **Introduction to sociosystemics: science about the utilizing of social sciences**. Fev/2011. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1764582>>. Acesso em 23 de março de 2015.

precisão na decisão judicial, que permite enunciar a cientificidade jurídica do tema. A aferição de custos e benefícios se pauta pelo texto *The Value of Accuracy in Adjudication*,³⁴ de *Louis Kaplow*, com o contributo de outros autores da Análise Econômica do Direito, em Portugal e Norte América.

Os resultados pretendidos visam o longo prazo. É necessário tempo para refletir sobre meios para superar um modelo de prestação jurisdicional coligado a dogmas, com ares de sacralidade, e ao qual interesses estreitos podem estar atados.

Não se pretende na presente pesquisa a *internalização* de soluções legais do direito estrangeiro, mas sim a utilização de tecnologias das ciências econômicas que possam auxiliar a compreensão, interpretação e futuras formulações legais atinentes à precisão na jurisdição no Brasil.

Estudos que demandariam maiores esforços de adaptação à realidade brasileira não estão sendo aqui desenvolvidos, reservados tais temas a ulterior desenvolvimento³⁵.

Por isso, não está presente o ônus de descrição e comprovação da viabilidade metodológica da transposição do direito forâneo, somente exigível se buscada a implantação do direito americano ou português no Direito brasileiro.

Quanto à aspiração a utilidade, restará satisfeita se a pesquisa servir para chamar atenção ao problema posto e às potencialidades retóricas da análise econômica do direito³⁶ como veículo de compromisso entre as ciências jurídicas e a prática institucional.

³⁴ KAPLOW, Louis. **The value of accuracy in adjudication:** an economic analysis. The Journal of Legal Studies, v. 23, n. 1, jan 1994, p. 356.

³⁵ Como exemplo tem-se a análise das regras federais de evidências nos USA, procedida por Posner (POSNER, Richard. **An economic approach to the law of evidence**. John M. Olin Law & Economics Working Paper n. 66, Universidade de Chicago. Disponível em <<http://www.law.uchicago.edu/files/files/66.Posner.Evidence.pdf>>. Acesso em 2 de maio de 2015>. Acesso em 2 de maio de 2015.

³⁶ Ver ARAÚJO, Fernando. **A retórica da economia:** os desafios de McCloskey. RIDB, Ano 2, n. 11, p. 11.939-12.032, Lisboa, 2013.

PARTE I – O PROBLEMA DA PRECISÃO JUDICIAL

1 RELEVÂNCIA E DELIMITAÇÃO DO TEMA

1.1 Precisão da decisão judicial e a informação como prova

Em geral, e especialmente no Brasil, não se faz presente definição ou disciplinamento jurídico, legal, jurisprudencial ou doutrinário do *grau ótimo de precisão da decisão judicial*, o que torna exigível a apresentação do tema e a explicação de sua relevância, procedendo-se a delimitação do que será colocado em debate no presente trabalho.

A *precisão* da decisão judicial corresponde à proporção de seu *acerto*, que, em algum limite, terá lugar quando o julgador puder acessar os fatos jurídicos relevantes à solução do litígio, e, conjuntamente, puder apreender o sentido da norma – provendo a correta aplicação do Direito, de modo a reduzir a margem de *erro judicial*. O aumento da precisão tenderia a *exatidão*, inalcançável sequer no âmbito das ciências ditas *exatas*, vez que toda a medição é convencional.

Desse modo, propõe-se que o aumento da *precisão da decisão judicial* seja percebido como “o movimento que parte de acertar algumas vezes em direção ao de acertar todo o tempo”³⁷, e que o seu antônimo consista no *erro judicial*, ou seja, na produção de falsas absolvições e condenações, que beneficiam uma parte em prejuízo da outra.

Por isso que maior precisão se traduz em maiores esforços para eliminação de erros de julgamento, correspondentes à emissão de falsos positivos (falsas procedências) ou falsos negativos (falsas improcedência). Erros tipo I, ou falsos negativos, e erros tipo II, ou falsos positivos, referem-se não somente as ações penais, como também as cíveis em que houver equivocada improcedência ou procedência do pedido, e a fixação para mais ou para menos da indenização. A estatística inspirou a transposição da tipologia para a área jurídica, procedida pelo Juiz Easterbrook.³⁸

Louis Kaplow, em seu trabalho *The Value of Accuracy in Adjudication*³⁹ (1994), ingressa no tema do grau ótimo de precisão da decisão judicial asseverando que, ao lado da

³⁷ McG. BUNDY, Stephen. **Valuing Accuracy - Filling out the Framework:** Comment on Kaplow. *The Journal of Legal Studies*, v. 23, n. 1, jan/1994, p. 414.

³⁸ EASTERBROOK, Frank H. **The limits of antitrust.** *Texas Law Review*, v. 63, n. 1, p. 1-40, ago/1984.

³⁹ KAPLOW, Louis. **The value of accuracy in adjudication:** an economic analysis. *The Journal of Legal Studies*, v. 23, n. 1, jan 1994, p. 356.

adequada aplicação da norma legal, a descoberta da verdade⁴⁰, fruto da produção de provas, é ordinariamente percebida como condição indispensável à realização da justiça⁴¹. Antes dele, Posner⁴² já havia desenvolvido o tema do *erro judicial* e de seus custos, especialmente no artigo *An Economic Approach to Legal Procedure* (1973). Em seu trabalho, “o propósito do procedimento legal é concebido como sendo o de minimização da soma de dois tipos de custos”, os custos do erro judicial e os diretos.⁴³ Nessa concepção, regras processuais podem ser analisadas como “esforço de maximização de eficiência”. Posteriormente, em *An Economic Approach to the Law of Evidence* (1999),⁴⁴ Posner torna a tratar especificamente da correlação entre informação e erro judicial, oportunidade em que ressalta a importância da resolução

⁴⁰ O presente trabalho não visa desvendar ou discutir a essência de conceitos como verdade e justiça. Justiça pode ser referida simplesmente como adequada distribuição de direitos e consequências jurídicas, ou “dar a cada um o que é seu” (McG. BUNDY, Stephen. **Valuing Accuracy - Filling out the Framework**: Comment on Kaplow. *The Journal of Legal Studies*, v. 23, n. 1, jan/199, p. 418); e verdade como busca da reconstrução de fatos do passado o mais fielmente possível - em geral saber quem praticou qual atitude com quais consequências - para que sobre eles incida julgamento. Grosso modo, investigar quem fez o que, dando causa a qual resultado. Pretende-se que as provas judiciais possibilitem, em alguma medida, essa reconstrução.

De qualquer sorte, o tema da verdade no processo é amplo e sobre ele não se obtém consenso. Ademais, aderir à negação gnosiológica da possibilidade de se atingir conhecimento verdadeiro dos fatos (verdade inalcançável) parece ter utilidade limitada para o debate no campo probatório, onde o ceticismo radical “conduz à total desvalorização da prova no processo e autoriza a conclusão de que, sendo inúteis quaisquer esforços para reconstruir os acontecimentos, é absurdo desperdiçar nessa vã empresa tempo, dinheiro e energias: mas vale decidir nos dados a sorte do pleito” (Moreira, José Carlos Barbosa. **Processo Civil e processo penal**: mão e contramão? In.: *Temas de direito processual*: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 206).

Note-se que, como argui Robinson, não se faz presente no processo judicial toda a verdade, pois a metodologia jurídica previamente seleciona quais fatos do mundo serão considerados relevantes na adjudicação, eliminando parte da ‘realidade’, e somente com base no que interessa ao sistema considerar é emitido o veredito (RUBINSON, Robert R. **Mapping the World**: facts and meaning in adjudication and mediation. *Maine Law Review*, v. 63, n. 1, 2010). Para maior aprofundamento no tema ver, H. L. Ho que elabora ensaio filosófico sobre a produção de provas, distinguindo fatos, verdade, provas, julgamento e justiça (**A philosophy of evidence law: justice in the search for truth**. Oxford monographs on criminal law and justice. Oxford University Press, 2008)

⁴¹ A afirmação não é pacífica no campo do Direito. Apenas a título de exemplo, McG Bundy (McG. BUNDY, Stephen. **Valuing Accuracy - Filling out the Framework**: Comment on Kaplow. *The Journal of Legal Studies*, v. 23, n. 1, jan/1994) relaciona literatura contrária à afirmada correlação entre verdade processual e justiça. Arrola opiniões de juízes, doutrinadores, litigantes e economistas. Saks entende que o principal propósito do processo legal não é obter a verdade, mas resolver disputas (SAKS, Michael J. **Enhancing and restraining in accuracy adjudication**. *Law and Contemporary Problems*, v. 51, n. 4, Empirical Studies of Civil Procedure, Part 2, 1988); Damaska (DAMASKA, Mirjan. **Truth in adjudication**. *Hastings Law Journal*, v. 49, Jan 1998) debate sobre o desafio de descobrir a verdade na adjudicação, questionando se se trata de aspiração realística; Porat e Yadlin (PORAT, Ariel; YADLIN, Omri. **Valuable Lies**. University of Chicago, Coase-Sandro Institute for Law & Economic Research Paper, n. 706, Out/2014) investiga quando a não revelação de fatos ou informações, nos diversos campos do Direito, pode ser tolerada a bem de objetivos sociais, inalcançáveis de outra forma.

⁴² POSNER, Richard. **An economic approach to legal procedure and judicial administration**. *Journal of Legal Studies*, v. 2, 1973, p. 400).

⁴³ Para Posner, os custos do erro (“error costs”) são os custos sociais gerados quando o sistema judiciário produz uma decisão falha ou errônea; e custos diretos (“direct costs”) resultam do emprego da máquina judicial, como por exemplo o tempo dos advogados, juízes e litigantes. Neste artigo, Posner analisa os custos do erro em casos cíveis, com particular referência aos casos de acidentes, como também criminais e administrativos.

⁴⁴ POSNER, Richard. **An economic approach to the law of evidence**. John M. Olin Law & Economics Working Paper n. 66, Universidade de Chicago. Disponível em <<http://www.law.uchicago.edu/files/files/66.Posner.Evidence.pdf>>. Acesso em 2 de maio de 2015, p. 7.

acurada de disputas para um sistema legal eficiente e propõe modelos econômicos para a busca e redução do custo de evidências.

Para *Kaplow*, a redução de erros de julgamento ocorre quando melhor informação se torna disponível ao adjudicador, ou quando atua um mais capacitado adjudicador.⁴⁵ Ambos os fatores - capacidade do julgador e fluxo de informações - dentre outros, se combinam no sentido de prover maior precisão.⁴⁶ Daí que o grau de precisão na jurisdição pode repercutir o produto do maior ou menor investimento em informação para cada série de conflitos potencialmente submissíveis à jurisdição.⁴⁷

Visto de outro modo, considerável porção das informações produzidas no âmago do processo judicial se traduzem em prova processual e se destinam ao incremento da precisão judicial. No campo jurídico, parte das informações acerca do mundo real serão positivadas como provas, que irão fundamentar decisões judiciais.⁴⁸ A legislação, tanto a substantiva quanto a processual, portanto, regula a vazão de informações que fluirão para o processo, com o objetivo aprimorar a decisão judicial. Observe-se que falar em *precisão* da decisão judicial não equivale à afirmação da “*Justiça*” do édito, conceito, ademais, subjetivo. Mas à aptidão do tribunal de conhecer e avaliar informações sobre fatos jurídicos. Com base nestes fatos, se assim se quiser, serão aplicados *quaisquer* critérios hermenêuticos ou de justiça, não compondo estes últimos o objeto de estudo.

São ilimitadas as condições passíveis de interferir no grau de precisão na decisão judicial – como tendência ou viés do julgador (preconceito, paternalismo e ideologia), limitações cognitivas (heurística e falácias cognitivas), complexidade técnica da matéria em questão, excesso de trabalho, limites na capacidade administrativa dos órgãos judiciais, desigualdades entre as partes, especialização e formação do julgador, acesso à informação, limites cognitivos e tecnológicos para o processamento de informações volumosas ou complexas etc.

⁴⁵ KAPLOW, Louis. **The value of accuracy in adjudication:** an economic analysis. The Journal of Legal Studies, v. 23, n. 1, jan 1994, p. 356

⁴⁶ BUTT, Daniel. **If the public would be outraged by their rulings, should judges care?** Courts and the Making of Public Policy. The Foundation for Law, Justice and Society. Report, Dez/2007. Disponível em <http://www.fljs.org/sites/www.fljs.org/files/publications/Sunstein_report.pdf>. Acesso em 10 de junho de 2014.

⁴⁷ Não somente as partes efetivamente em juízo serão impactadas pelo ordenamento jurídico, mas também potenciais e futuros litigantes, que irão ponderar sobre suas chances de vitória, conforme as ‘regras do jogo’ estabelecidas e oficialmente adjudicadas.

⁴⁸ RIBEIRO, Marcelo Stopanovski. **Características da informação na teoria quântica e suas possíveis interpretações para um objeto informacional na ciência da informação.** Tese de Doutorado apresentado como requisito de obtenção do título de doutor. Brasília: Universidade de Brasília, 2014. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/17773/1/2014_MarceloStopanovskiRibeiro.pdf>. Acesso em 17 de abril de 2015, p. 110.

Para os fins do presente trabalho, contudo, a pesquisa estará, em grande medida, centrada no aumento do grau de precisão decorrente do acesso, pelo julgador, a de fatos jurídicos em quantidade suficiente e de qualidade adequada, vale dizer, na coleta e avaliação da prova. Explora-se, primordialmente, a precisão na decisão judicial decorrente da instrução probatória, analisando-se os custos e benefícios sociais dela decorrentes. – sem, com isso, insinuar que o aumento da precisão judicial esteja vinculado unicamente às vicissitudes probatórias.

1.2 A Construção do tema

1.2.1 O problema

O desafio principal do presente trabalho é apresentar o tema da *precisão da decisão judicial*, destacando a sua importância no contexto da prestação jurisdicional, e comprovar que a legislação brasileira regula o grau ótimo de precisão para cada série de situações conforme a relevância do interesse em disputa e os custos e benefícios sociais implicados no aumento da precisão.

1.2.2 Delimitação do objeto do estudo

Posto o problema, cabe delimitar o tema, realizando cortes que permitam seja tratado com dignidade e profundidade nos limites e propósitos do presente trabalho, ainda que em nível introdutório.

Inicialmente, muito embora a certeza de que os problemas informacionais, no processo judicial, transcendem a questão *probatória*, alastrando-se para diversos âmbitos da atuação do Poder Judiciário, aqui será priorizada a assimetria informativa relativa a *descoberta de fatos* pelo juiz, vale dizer, que afeta a *produção e análise de provas*.

Apreender o sentido da lei, desvendar conceitos legais técnicos intrincados (v.g., operações complexas do mercado financeiro), perfazer etapas estabelecidas doutrinariamente para sopesar valores discrepantes a fim de *ponderar* direitos constitucionais em conflito sondar preferências majoritárias e utilidades de grupos sociais de modo a embasar decisões políticas, compreender variáveis sociológicas, econômicas, antropológicas, inerentes aos fenômenos contemplados pela jurisdição, são momentos da prestação jurisdicional que também se ressentem da ignorância e da indisponibilidade de informação completa, a comprometer os

resultados por decorrência dos efeitos da assimetria informativa. Contudo, não serão objeto do presente trabalho, senão acidentalmente.

Em segundo lugar, não serão explorados, por óbvio, todos os diversos desdobramentos do tema. Em um universo limitado e escasso, pertine lembrar, a coesão do trabalho depende de julgamentos de inclusão e exclusão. Optou-se por focar, nuclearmente, pontos essenciais ao contorno do tema, como a assimetria informativa e os constrangimentos e benefícios sociais de maior precisão, que norteiam as opções legais, demonstrando-se a aplicação dos achados com a hipótese dos danos médios.

Aspectos *adjacentes* ao tema, como a questão da coordenação social do direito, seus efeitos na estrutura judicial escassa e no *enforcement* privado, seu impacto no mundo real, sua correlação com a estrutura do Estado, a relevância dos conflitos de valores constitucionais a ele subjacentes, serão tratados de forma aligeirada e panorâmica, como pano de fundo, a fim de consolidar conceitos, comprovar a centralidade da questão, sua importância e repercussões contextuais, preservando-se o formato monográfico. Em relação a eles não há compromisso de elaboração de debate de teses científicas contraditórias, e sua menção se destina à contextualização do problema posto.

Desenvolvimentos mais remotos e indiretos podem ser trazidos a título ilustrativo, instigando ulterior debate e desenvolvimento.

Por último, intuitivo que questões em torno da *precisão* não dizem respeito tão somente à adjudicação procedida pelos integrantes do Poder Judiciário, interessando também, especialmente no Brasil, diversas outras autoridades com poderes de adjudicação ou de elaboração normativa. Destaque-se a possibilidade de expandir a presente teorização para os domínios dos processos envolvendo administração e administrados (em todos os setores da administração e agências reguladoras), assim como dos Tribunais Arbitrais. Mais do que isso, cogitável repercute em procedimentos *interna corporis* particulares, governados por regimentos internos, como clubes sociais, condomínios, partidos políticos, entre outros. Apesar da amplitude das possibilidades, o foco, aqui, recairá unicamente sobre a jurisdição oficial.

1.3 Perspectivas Positiva e Normativa

O tema da precisão da decisão judicial é especialmente vocacionado a corporificar o desiderato de *harmonização* dos discursos do *ser* e do *dever ser*, que por vezes se desenvolvem divorciados, senão em franco embate, no âmbito jurídico brasileiro. No contexto,

objetiva-se ressaltar o *ônus* de que fatores limitantes em presença sejam levados a sério e contemplados na concepção teórica de soluções normativas pelos juristas.

Na perspectiva normativa, idealmente prega-se a satisfação *máxima* de interesses, em construções teóricas despregadas do dever de enfrentar percalços de ordem prática, como valores coletivos contrapostos, custos reais e limitações com que o convívio coletivo e as instituições se defrontam – e lembrar deste custo é o único modo de estabelecer políticas públicas factíveis, realizando difíceis opções conscientes. A perspectiva positiva, por sua vez, muitas vezes subestima a possibilidade de promover a ampliação do bem-estar via reconhecimento ou ampliação de direitos.

Não é demais dizer persegue o ideal *em detrimento* do possível - v.g., prega-se o exercício *incondicional* de liberdades e garantias individuais, sem a auto imposição de contemplação de consequências reais traduzíveis em perdas de segurança pública, de efetividade processual e de precisão judicial a ver que na presente quadra, no Brasil, o direito constitucional à segurança é descurado na prática e no discurso jurídico⁴⁹. Ou, opostamente, é menosprezado o potencial de ampliação da esfera de Direitos expressivos de valores fundamentais ou sociais - exemplificado pela fraqueza local do Direito do Consumidor⁵⁰, ou o Direito da Concorrência⁵¹. Estes caminhos paralelos findam por enjeitar ambos os destinos, conduzindo a lugar algum: prática por demais intuitiva e teoria excessivamente abstrata, uma isolada da outra.⁵²

Vermeule⁵³, ao tratar do problema da disjunção entre a teoria legal *positiva* (o *ser*) e a *normativa* (o *dever ser*) – derivada ou agravada pelo lapso entre a perspectiva dos fatos *versus* dos valores, e entre a perspectiva externa *versus* a interna, anota que a teoria *positiva*, analisando o mundo como ele é, peca por deixar de produzir um resultado doutrinário

⁴⁹ FREITAS, Vladimir. **Há distância entre a segurança da constituição e a aplicada no mundo real**. Revista Consultor Jurídico, 2015. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-12/segunda-leitura-distancia-entre-seguranca-constituicao-aplicada>>. Acesso em 12 de abril de 2015.

⁵⁰ CF, art. 5º, inc. XXXII: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. (BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 10 de maio de 2015.)

⁵¹ CF, art. 173, § 4º: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. (Ibidem).

⁵² A dicotomia pode ser vista sob a forma da cisão entre o agir político (ser) e o pensar jurídico (dever ser), como a expressão utilizada por KAUFMANN, Rodrigo. **Direitos humanos, direito constitucional e neopragmatismo**. Tese de Doutorado apresentado como requisito de obtenção do título de doutor. Brasília: Universidade de Brasília, 2010, p. 24-61.

⁵³ VERMEULE, Adrian. **Connecting positive and normative legal theory**. Journal of Constitutional Law, v. 10, n. 2, jan/2008, p. 387-398.

consistente. Ao passo que a teoria *normativa*, embora elabore concepções teóricas do que seria um mundo melhor, falta a conexão com a realidade⁵⁴ e, principalmente, com as suas limitações.

Em alguns momentos, é compreensível que a perspectiva da teoria normativa nem sempre se acredita destinada a proceder o ‘fechamento de contas’ que a realidade externa impõe, não se contentando com o estabelecimento de prioridades em um universo do possível, ou o adoção de soluções intermédias, factíveis, contextuais. Entretanto, prossegue *Vermeule*, interagem ambas as perspectivas pelo “*poder normativo do factual*”⁵⁵, já que a teoria positiva constitui a um só tempo *fonte* e *limitação* da teoria normativa; e enquanto *limitação*, as constatações positivas serão fonte indireta de argumentos normativos novos

Ainda que argumentos positivos sobre fatos e causalidades não possam modificar diretamente as preferências ou os valores coletivos, reivindicações positivas inéditas podem fornecer informação nova que modifica as preferências derivadas de diferentes políticas públicas, regras legais e arranjos institucionais”.⁵⁶

Trazendo a lição para o tema em estudo, perceptível que a teoria normativa do processo judicial se mantém de algum modo apartada da realidade - e o demonstra a centena de milhão de processos em andamento no Brasil, cuja duração transborda dos parâmetros constitucionais de razoabilidade, assim como diversos indicadores de falta de eficiência. Mencione-se a evidência da exaustão da estrutura judicial e da fraqueza coativa, a percepção popular de descumprimento da lei e a falta de credibilidade no Poder Judiciário⁵⁷, problemas que não serão debelados por arranjos pontuais e meros ajustes pontuais do sistema,⁵⁸ senão pela reconstrução de uma visão, mais ampla e externa, do fenômeno da litigiosidade.

A visão individualista e interna do processo judicial, vinda do outro milênio, fincada na teoria normativa e talvez envolta em ambições, algo próximo do ideal. Distrai-se das consequências externas e gerais derivadas de opções internas e particulares operadas em cada processo, mas que, impassíveis de serem universalizadas, guardam o efeito de perturbar o sistema.

⁵⁴ VERMEULE, Adrian. **Connecting positive and normative legal theory**. Journal of Constitutional Law, v. 10, n. 2, jan/2008, p. 389

⁵⁵ Ibidem, p. 389

⁵⁶ Ibidem, p. 390.

⁵⁷ Ver Parte II, Cap. 2, item 4.1. Sanção e Cumprimento. Ver FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Relatório IPCL Brasil, 2013/2014. São Paulo: FGV Direito. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11861/IPCLBrasil_4TRI_2013_1TRI_2014.pdf?sequence=1>. Acesso em 6 de junho de 2014.

⁵⁸ ARAÚJO, Fernando. **Análise Económica do Direito: Programa e Guia de Estudo**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 170.

No extremo oposto, a teoria positiva não deve se esgotar na observação e denúncia do fracasso do modelo operado, podendo optar por maior referência a valores, restaurando a importância de valores, diversas vezes expressos em normas constitucionais, que devem galgar maior estatura jurídica. Procura-se, assim, nutrir o debate normativo para a constituição de uma doutrina mais consistente.

A teoria normativa jurídica e a teoria do processo judicial podem se beneficiar das reflexões das ciências econômicas, em temas como escassez, custos, constrangimentos e limitações impostas pela natureza das coisas, que obrigam negociação marginal, ou *trade-off*. Tais imperativos devem ser levados em conta pela teoria normativa, preferencialmente pela instituição da pesquisa jurídica empírica. Novas perspectivas nascem do reconhecimento da ausência de conciliação das utilidades coletivas, ou da antevisão de impossibilidades materiais que subjazem às colisões de princípios constitucionais, bastante complexos em presença de grupos sociais e econômicos que serão reflexamente atingidos.⁵⁹

No presente estudo do grau de precisão da decisão judicial comprova-se que a lei, terreno por excelência do dever ser, considera limitações positivas, que jurisprudência e doutrina por vezes ignoram em suas elaborações. A própria lei é contemplada como ponte de aproximação entre o enfoque positivo, derivado da observação de constrangimentos do mundo real, e o normativo, ideal do qual está impregnada a norma jurídica.

Pelos motivos até aqui elencados, é perceptível que a produção de provas em juízo, crucial objeto de estudo das *ciências jurídicas*, pode se beneficiar das perspectivas, bastante sofisticadas, das ciências econômicas e da *economia da informação*⁶⁰, disciplina bastante atenta à observação (positiva) da realidade e tradicional estudiosa das vicissitudes da informação.

1.4 O tema no Brasil e o estado da arte

Embora o ordenamento jurídico brasileiro traga normas que determinam o *grau de precisão* com que a decisão judicial irá resolver disputas segundo a relevância dos valores em conflito, não chega a existir elaboração doutrinária ou jurisprudencial a respeito. A questão da prova no processo judicial, que poderia ser tratada sob diversos prismas, não é visualizada, no

⁵⁹ POSNER, Richard A. **Economics, politics, and the reading of statutes and the constitution**. The University of Chicago Law Review, vol. 49, nº 2 (Spring, 1982), p. 263-291. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/1599424>>. Acesso em 6 de junho de 2014.

⁶⁰ Sobre a “economia da informação” e os efeitos da assimetria informativa, inclusive aplicada ao contrato, ver ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 281 e seguintes.

Brasil, sob o ângulo da microeconomia, ora adotado, não obstante subsistir acentuado interesse acadêmico e campo para investigação científica, principalmente diante das implicações práticas mencionadas como pano de fundo.

Primeiramente porque o Brasil, a doutrina e a jurisprudência usualmente compreendem e analisam a questão da litigiosidade sob os aspectos: a) interno ao sistema, e não externo a ele; b) levando em conta preponderantemente os interesses particulares interpartes, sem forte compromisso com a universalização das soluções ou com os interesses coletivos; c) mitigando a complexidade do conflito entre diversos feixes de valores constitucionais subjacentes, e d) desprezando o problema dos custos e da escassez de recursos, principalmente relacionados à assimetria informativa e ao congestionamento de bens comuns, ou baldios.

No entanto, encadear reflexão que problematize o sistema externamente, se comprometa com soluções uniformes, não descure de valores sociais, contemplando a complexidade de interesses constitucionais variados. Especialmente os de ordem coletiva, e leve em conta custos e limites, apresenta-se como essencial à sustentabilidade de um combalido sistema público de resolução de litígios.

Posteriormente, no Brasil ainda não se debruçou de forma expressa e direta sobre o problema formulado, cuja razão de ser repousa, como se disse, na sustentabilidade dos bons serviços judiciais ante o constante perigo da exaustão do serviço público. Não há, por ora, debate consolidado, que possibilite esquematizar as limitações e os benefícios sociais do aumento de precisão da decisão judicial no contexto nacional, a orientar escolhas alocativas em confronto com os recursos disponíveis e prioridades brasileiras. Ousa-se acrescer, sequer há reflexão madura e representativa, entre a comunidade jurídica, a respeito de um dos componentes básicos do problema, qual seja o dos custos sociais do processo judicial, pilar essencial à realização de escolhas públicas maduras e conscientes.

De outra parte, impasses que emergem das impossibilidades informacionais muitas vezes são resolvidos sob o ponto de vista interno do sistema e particular de determinado litigante, adotados ritos e regras de avaliação e de distribuição de ônus probatório. Tais regras são bastante úteis e sofisticadas, contudo não são infensas à manipulação, quando não inexequíveis, sacrificando-se de forma pouco elaborada a precisão no caso concreto. Tais lacunas implicam em que não haja meios de inventariar as posições doutrinárias a respeito do tema no Brasil, que retratariam o “estado da arte”. Contudo, a ausência de obras de impacto sobre o tema não conduzirá ao seu não enfrentamento, essencialmente por duas razões.

A uma, a convicção de que, no Brasil, há espaço para aprimoramento e amplificação da perspectiva da litigiosidade, sendo imprescindível se busque saber o que é crucial à saúde e à preservação de um sistema judicial eficiente. A duas, conta-se com a utilização de doutrina portuguesa e, principalmente, norte-americana, com achados das ciências econômicas e com as opções adotadas pela legislação brasileira, cujas opções em torno do grau de precisão da decisão judicial se buscará ressaltar. Também a doutrina nacional, embora implicitamente, fornece preciosos pontos de apoio.

Apresentam-se, assim, os espinhos e os méritos do tema em relação ao seu contexto e ao panorama local, justificando-se a forma de abordagem adotada e os critérios de inclusão e exclusão, sendo certo que o presente texto é introdutório, talhado a despertar ulteriores discussões em lugar de pacificar a questão.

2 EFICIÊNCIA E PRECISÃO DA DECISÃO JUDICIAL

2.1 A administração da justiça como serviço extra-mercado e o desafio da definição de critérios de eficiência

Falar na *precisão* da decisão judicial não equivale à avaliação da ‘*justeza*’ da decisão judicial, questão alheia ao presente trabalho. Nem implica propriamente em sua comparação *qualitativa*, pois a isso não se chegaria. Há inúmeros e díspares critérios para a aferição de qualidade de um serviço público, fora de mercado, com as características do jurisdicional, permeado pela complexidade e por variadas exigências subjetivas de correção, e, mais do que isso, em alguma dimensão fatalmente desagradará a uma das partes. Não se defende, por igual, que Tribunais possam chegar a uma decisão *exata*. Nesse sentido, como estatui Stigler a “*qualidade é algo que ainda não foi com sucesso especificado pela economia, e seu caráter esquivo se estende a todos os problemas nos quais ela se interpõe*”.⁶¹

Algumas dificuldades para aferição da eficiência da decisão judicial se fazem presentes, portanto. A Economia Pública ressalta que serviços públicos são, por natureza, fora de mercado (*non-market*), e por isso raramente podem ser avaliados de forma apropriada⁶². “A característica que distingue burocracias é a ausência de equilíbrio de preços de mercado”,⁶³ preços estes que poderiam servir como sinalizadores de valor.

Não obstante, o tanto de precisão da decisão não deixa de, em uma determinada medida, remeter a uma graduação qualitativa: no que tange *específica e exclusivamente* à reunião e compreensão de boa e suficiente prova, a decisão mais precisa ostentará maior qualidade (ou eficiência, nos dizeres de *Posner*)⁶⁴, relativamente a outra que se valer de

⁶¹ STIGLER, George J. The economics of information. **The Journal of Political Economy**, v. 69, n. 3, p. 213-225, jun/1961, p. 224.

⁶² Circunstância que, indo além do tema, dificulta que a remuneração da performance dos servidores públicos (incentivos) seja atrelada aos seus resultados individuais. A solução usual é o emprego da supervisão vertical e hierarquia administrativa para detectar comportamento oportunista - falta de esforço e abuso do ofício (corrupção). A performance será objeto de (socialmente custosas) inspeções periódicas ou randômicas, que podem resultar em sanções (incentivos negativos). O custo de tais inspeções exige que sua alocação seja procedida de forma inteligente, com a utilização de mecanismos como, por exemplo, reclamação de consumidores, que, embora impliquem em economias de recursos de fiscalização, podem distorcer incentivos dos servidores públicos, impondo perdas extra de eficiência oriundas da assimetria de reclamação (*complaint asymmetry*), conforme modelagem de Prendergast, que explora os limites à eficiência burocrática, ocasionando monitoramento benevolente, pelos superiores, da performance dos subordinados.

⁶³ PRENDERGAST, Canice. **Bureaucratic Responses**. Disponível em <<http://faculty.chicagobooth.edu/canice.prendergast/research/BureaucraticResponses.pdf>>. Acesso em 22 de junho de 2014.

⁶⁴ POSNER, Richard. **An economic approach to legal procedure and judicial administration**. Journal of Legal Studies, v. 2, 1973, p. 400.

informação ruidosa ou insuficiente. O que não impede que, se presentes elementos como excessiva demora ou contaminação por preferências ideológicas do julgador, tais ganhos em precisão sejam totalmente anulados.

Muito embora seja defensável que um dos critérios de afirmação de eficiência jurisdicional possa ser o de extrair o máximo de *precisão* a um dado custo. Ou seja, o de obter solução de litígios com a menor chance de erro, mediante o dispêndio de menos tempo, menor oneração aos cofres públicos e menor restrição de direitos em conflito, um dos objetivos da análise econômica da litigância.

Em verdade, é certo que a falta de consenso a respeito da aferição da ‘qualidade’ do resultado judicial não impede que sejam estipulados os contornos e os limites dentro dos quais sejam tecnicamente aquilatáveis os níveis de *precisão*, como aqui se pretende. Nessa linha, *v.g.*, *Prendergast* ao modelar os *limites* da eficiência burocrática, aplicável à burocracia judicial ao menos nos litígios em face do Poder Público. Neste modelo, a verificação do nível de precisão, relacionado às *informações reunidas e analisadas*, seria a forma *preferencial* para a aferição de eficiência deste serviço público, relativamente a outros, como o sistema de avaliação pelo consumidor do serviço.

A verificação dos incentivos para a atuação precisa (acurada) dos agentes públicos, *expressamente incluído* o juiz, é central na modelagem de *Prendergast*,⁶⁵ que, como sugere o título de sua obra, estuda os limites da eficiência burocrática. O grau de eficiência, aqui vista como a *precisão* com que atuam burocratas, é identificado aos seus *esforços de coletar informações*, no exemplo, para fins de deferimento ou indeferimento de direitos providos pelo poder público.

Muito simplificadamente, seus estudos visam demonstrar que a utilização de corpos burocráticos ocorre apenas quando os consumidores não são confiáveis, o que limita a eficiência da burocracia. Indivíduos postulam benefícios e tais postulações são analisadas por agentes que devem verificar se o requerente faz jus (requerente tipo alfa = 1) ou não (requerente alfa = 0) ao benefício. O acerto dessa análise dependerá de quão aplicado é o agente, que deve dedicar seus esforços para estabelecer de forma acurada se há ou não merecimento, pois a destinação de recursos públicos para postulantes que não fazem jus, enseja ganho privado indevido, e consequente, desalinhamento entre ganhos privados e sociais, com a ocorrência de

⁶⁵ PRENDERGAST, Canice. The limits of bureaucratic efficiency. *The Journal of Political Economy*, v. 111, n. 5, p. 929-958, Out/2003. Disponível em <<http://faculty.chicagobooth.edu/canice.prendergast/research/TheLimitsOfBureaucraticEfficiency.pdf>>. Acesso em 22 de junho de 2014.

externalidade. Uma das funções do governo, diga-se, é a de correção de externalidades, fonte de ineficiência.

A ampliação destes esforços no sentido de instruir os processos corresponde à ampliação da *precisão* $p(e)$ na discriminação dos tipos $\alpha = 1$ (procedência) ou $\alpha = 0$ (improcedência). Em se verificando “ $\text{precisão } p(e) > 1/2$ ”, observa-se ampliação dos esforços informacionais e aumento da precisão, com redução de ineficiência.

Ao revés, quando o monitoramento da eficiência da agência se faz por meio de queixas do consumidor operam-se maiores distorções. Erros que podem se constituir em: a) negar benefício para um requerente elegível, ou b) conceder benefício a um aplicante inelegível. O modelo de controle pelo consumidor implica em que somente os consumidores que tiverem seus pleitos *indeferidos* irão reclamar, o que distorce os incentivos dos agentes burocráticos, que reduzirão os esforços de coleta de informação (ou de precisão) em casos de indeferimento ($\alpha = 0$), pois nestes não serão investigados.

Em conclusão, muito embora o monitoramento iniciado por reclamação dos consumidores seja menos custoso, ele é ineficiente, pois somente os casos $\alpha = 0$ serão investigados, e não os $\alpha = 1$. Por isso, os superiores hierárquicos ainda devem proceder auditorias. O custo da auditoria torna menos provável que a falta de precisão seja descoberta, já que o universo de amostragem será mais amplo - o que reduz os ganhos de auditoria ante os investimentos.

Na visão de *Prendergast* conclui-se que há perda de eficiência quando o monitoramento burocrático é baseado nas informações fornecidas por consumidores de serviços públicos, cujas reclamações induzem, no burocrata, incentivos para: a) ignorar reclamações legítimas dos consumidores; b) monitorar mais em situações desnecessárias; c) retardar seletivamente a tomada de decisões; e d) deflagrar fiscalização tendenciosa contra consumidores. Estabelece, portanto, a preferência por avaliações baseadas no grau de *precisão* das decisões da agência.

2.2 ‘Julgando os juízes’

Ainda no terreno da mensuração da eficiência, tem sido bastante comum pensar o problema da jurisdição em termos de uma disputa entre quantidade de decisões *versus* qualidade intrínseca do ato decisório. A alta produtividade imposta para que o Judiciário possa tentar ‘vencer’ no ‘campo de batalha’ da litigiosidade, composta por milhões de processos reais em

andamento⁶⁶, problema que atinge também os Juizados Especiais⁶⁷, esboçando contornos de tragicidade,⁶⁸ pressionado pela priorização da quantidade sobre a qualidade.

As queixas que se voltam contra as medidas tomadas são profusas, constantes e compartilhadas tanto pelos membros da magistratura, quanto pelas partes e advogados⁶⁹ - eloquente, a título de exemplo, o epíteto “*Prestação Jurisdicional não é Produto Industrial*”.⁷⁰ Tanto se fala, coloquialmente, em *qualidade* da prestação jurisdicional, que se torna necessário, aqui, elaborar a distinção entre o tema do presente trabalho, precisão judicial, e a discutível possibilidade de avaliar qualitativamente as decisões judiciais, entrando no mérito do que a última hipótese possa significar.

Falar em qualidade da prestação jurisdicional pode, a depender do ângulo com que se interprete o termo, implicar na pretensão de ‘*julgar os juízes*’, que esbarra em intensa dificuldade metodológica. A atividade jurisdicional é complexa e multifacetada, o *trade off* entre detalhismo e presteza agiganta a influência da personalidade tanto do julgador, quanto do

⁶⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números**: 2013, ano-base 2012. Brasília, 2013. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relatorio_jn2013.pdf>. Acesso em 24 de maio de 2014, p. 305). No ano de 2012 o estoque de processos em tramitação no Brasil somava 92.234.282. Mesmo com o aumento dos processos resolvidos, o fluxo do Poder Judiciário brasileiro prossegue negativo. No início de 2012 o estoque era de 64 milhões de processos que, somados aos 28,2 milhões ajuizados ao longo do referido ano (8,4% a mais do que no período anterior), resultam em 92,2 milhões - muito embora tenham sido baixados 27,8 milhões no último ano (7,5% a mais do que no ano precedente).

⁶⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Diagnóstico sobre os juizados especiais cíveis**: relatório de pesquisa. Brasília, 2013. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/poder-judiciario/Diagnostico_sobre_Juizados%20verso%20chamada%20pblica.pdf>. Acesso em 24 de maio de 2014).

⁶⁸ Ver II Parte, Cap. 2. item 3, Congestionamento do sistema judicial. Ver também ARAÚJO, Fernando. **A tragédia dos baldios e dos anti-baldios**: o problema económico do nível óptimo de apropriação. Coimbra: Almedina, 2008, p. 61-109.

⁶⁹ O debate no Brasil atualmente é notório. No próprio sítio do Conselho Nacional de Justiça é possível localizar texto ilustrativo da insatisfação em torno do dilema, que dessa vez refere-se às Metas do Poder Judiciário Nacional (priorização supõe preteridos): “Se, por um lado, a fixação e perseguição cronometrada da meta foi de importância capital para dar mais credibilidade ao Poder Judiciário, ressuscitando verdadeiros cadáveres processuais que jaziam mortos pelo tempo, sem perspectivas de solução à vista, o que encheu de alento a tantos e tantos que tinham suas demandas paradas há anos em todas as instâncias, por outro, não deixou de gerar alguns efeitos colaterais perversos, comprometedores da confiabilidade na Justiça, tais como a priorização da quantidade em detrimento da qualidade das decisões, com adoção, por vezes, de procedimentos menos ortodoxos para a redução das pilhas de processos que enfeitavam varas e gabinetes” (MARTINS FILHO, Ives Gandra. **O CNJ e a Meta 2**. Jornal Correio Brasiliense. Brasília, 28/12/2009. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/enccla/enccla/433-informacoes-para/imprensa/artigos/13353-o-cnj-e-a-meta-2>>. Acesso em 11 de junho 2014.

⁷⁰ Extrai-se do artigo: “(...) uma ideia, assustadora ideia, que toma corpo e se expande, coloca a eficiência quantitativa como prioridade em detrimento da qualidade dos julgados. Nesse exato sentido, assessores de alguns magistrados, apenas de alguns, estão proferindo decisões. Trata-se de verdadeira usurpação de uma função privativa (...). Não faz muito tempo, um extraordinário magistrado disse-me que se não fosse o memorial e a sustentação oral, em determinado caso, teria cometido um erro ao decidir e que tal erro não havia sido observado por sua assessoria. Casos há nos quais sobre a mesma matéria o mesmo magistrado profere decisões contraditórias. A razão? Votos dados por assessores diferentes. Ainda, e a título de exemplo, meramente ilustrativo, não são raras as hipóteses de emendas que não correspondem aos respectivos acórdãos (...)”. OLIVEIRA, Antonio Claudio Marzi. **Prestação jurisdicional não é produto industrial**. Consultor Jurídico, 24/3/2014. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-mar-24/mariz-oliveira-prestacao-jurisdicional-nao-produto-industrial>>. Acesso em 11 de junho de 2014.

avaliador. Do mesmo modo, o ato de julgar encerra componentes morais e políticos, a impedir a apreciação isenta.

Por outro lado, trata-se de ofício que compreende o uso da retórica, sendo que a sofisticação jurídica da decisão, que por vezes alimenta a reputação do adjudicador, pode simplesmente não corresponder às peculiaridades do caso concreto observáveis nos autos, disfarçando a desatenção aos fatos e às provas e ocultando o erro. Dados estatísticos podem ser maquiados para induzir a ideia de que há vasta produtividade. Tal circunstância impede a mensuração da qualidade por meio, tão somente, da leitura das razões de decidir, aptas a, retoricamente, ocultar seja indolência e despreparo, tornando indispensável a verificação dos autos do processo.

Acresçam-se as limitações informacionais e administrativas, de ordem prática, para a implantação da avaliação, como a escolha e o controle de avaliadores (eles próprios sujeitos a imprecisão), os custos de aferição, os custos de decisão de casos limítrofes, as dificuldades para implantação de sistema de equilíbrio para dissuadir o comportamento oportunista dos avaliados etc. Por tudo isso alguns autores referem a tentativa de avaliação da qualidade jurisdicional como desserviço.

Nos Estados Unidos a questão tem sido objeto de longa reflexão, muitas vezes orientada por dados empíricos. Efetivamente, algumas propostas de classificação de juízes em conformidade com o seu merecimento geram intensa polêmica, tendo seus antagonistas apontado não apenas para pouca utilidade, como também para os “*grandes custos sociais*”⁷¹ de tais métodos, supostamente objetivos, que provocariam, dentre outros problemas, desastroso comportamento responsivo por parte dos *classificandos*.

É assim que proliferam tentativas bastante discutíveis. Tais como a proposta de *Choi e Gulati*⁷²⁻⁷³, com o fito de ordenar a “*bagunça*” ou a “*guerra*”⁷⁴ que distingue o processo de indicação de juízes à Suprema Corte Americana, propõem um ‘*Torneio de Juízes*’

⁷¹ LEVY, Marin K. [et al]. **The costs of judging judges by the numbers**. Yale Law & Policy Review, v. 28, n. 2, p. 313-323, 2010. Disponível em <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2260&context=fss_papers>. Acesso em 20 de fevereiro de 2015.

⁷² CHOI, Stephen J.; GULATI, G. Mitu. **Choosing the next supreme court justice: an empirical ranking of judge performance**. California Law Review, v. 78, n. 23, p. 25-32, 2004.

⁷³ CHOI, Stephen J.; GULATI, Mitu. **A tournament of judges?** California Law Review, v. 92, 2004. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=394700>>. Acesso em 20 de fevereiro de 2015.

⁷⁴ DENNING, Brannon P. **Empirical measures of judicial performance: thoughts on choi and gulati's tournament of judges**. Florida State University Law Review, vol. 32, p. 1123-1143, 2005. Brannon Denning está dentre os que apoiam a iniciativa de mensurar objetivamente juízes, como uma forma de inaugurar o debate, garantir transparência, estabelecer regras prévias do jogo e incitar maior participação democrática no processo de nomeação de Juízes, que, no Judiciário americano, ocorre em maior ênfase do que no Brasil.

(*Tournament of Judges*)⁷⁵ para guiar as nomeações de membros da Suprema Corte. Sugerem que a *avaliação* quantitativa e qualitativa de candidatos possa se basear em dados objetivos, como número de decisões publicadas, índice de citação de opiniões por outros tribunais, pela própria Suprema Corte e por acadêmicos, taxas de votos divergentes vencidos, percentual de decisões reformadas, mensuração da rapidez, dentre outros.

A proposta recebeu considerável atenção e, na mesma proporção, antagonismo. *Levy, Stith e Cabranes*,⁷⁶ muito embora reconheçam a inegável importância de estudar os juízes no que respeita a interrogar o significado de bem praticar a judicatura, afirmam que a *reputação* que estes profissionais gozam perante advogados, acadêmicos ou entre outros juízes não é critério válido de aferição de bom desempenho, dada a possibilidade de equívocos e manipulação.

Afirmam ainda que os dados objetivos não são aptos a medir, de forma acurada, a produtividade, a qualidade das decisões e a independência de juízes, sendo duvidoso que, dada a natureza do ato de julgar e a superficial compreensão do que envolve a arte e a ciência do julgamento, modelos numericamente orientados, como o de *Choi e Gulati*, possam descrever o que caracteriza o “*bom*” e o “*mau*” julgamento. Elencam dados empíricos que demonstram a alteração de comportamento de julgadores que se candidatam aos *torneios*.⁷⁷ Concluem que o projeto de classificação de juízes irá não somente falhar em identificar o bom julgamento, como também se mostrará contraproducente ao próprio ato de julgar.

Com maior foco nas *distorções* que sistemas de avaliação podem provocar no comportamento dos juízes escrutinados, *Pascual*,⁷⁸ avalia a influência do sistema de retribuições variáveis de juízes espanhóis no ‘*sentido*’ que suas decisões, se valham da palavra ‘*perniciosa*’. O referido autor estuda os efeitos da Lei 15/2003, que estabeleceu sistema de pontuação variável vinculada ao nível de complexidade do ato decisório. A mencionada lei

⁷⁵ O título, esclarecem os autores, foi “emprestado” do artigo de Marc Galanter & Thomas Palay, *Tournament of Lawyers: The Transformation of the Big Law Firm* (1991).

⁷⁶ LEVY, Marin K. [et al]. **The costs of judging judges by the numbers**. Yale Law & Policy Review, v. 28, n. 2, p. 313-323, 2010. Disponível em <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2260&context=fss_papers>. Acesso em 20 de fevereiro de 2015.

⁷⁷ O termo é sugestivo, pois o ambiente dos torneios, por ser competitivo, incentiva o engajamento em ‘trapaça’, e seu equilíbrio somente se obtém mediante a retirada do prêmio e do direito de competir daquele que fraudou (v.g., nos torneios esportivos o uso de esteroides implica na desclassificação e na perda, temporária ou definitiva, do direito de competir), o que supõe a fiscalização dos competidores (CURRY, Philip A.; MONGRAIN, Steeve. **Deterrence in rank-order tournaments**. Review of Law & Economics, v. 5, n. 1, p. 723-740, 2009). Para o meio judicial não são facilmente transponíveis tais medidas de equilíbrio.

⁷⁸ PASCUAL, Gabriel D. **La perniciosa influencia de las retribuciones variables de los jueces sobre el sentido de sus decisiones**. InDret, Vol. 3, 2008. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1370845>>. Acesso em 20 de fevereiro de 2015.

confere ao juiz cuja produção superar 120% do fixado para a sua lotação um aumento retributivo, ao passo em que o que não alcançar 80% sofrerá redução em sua remuneração fixa.

Enumera ainda as consequências negativas da pressão por produtividade, que se traduzem em perdas de bem-estar social e ineficiência. O comportamento adaptativo do conjunto de magistrados se dá em detrimento do jurisdicionado, com a provisão de incentivos adversos que levam à priorização de julgamento de questões repetitivas ou mais fáceis, em detrimento dos casos intrincados; desatenção e simplificação de litígios complexos; multiplicação de processos por exigência judicial, com a determinação para aforamento de pluralidade de processos conexos como condição à apreciação de temas que poderiam ser objeto de um único litígio; complicação procedimental, com a tendência de que sejam decididos por sentença incidentes que poderiam ser resolvidos por outros tipos de decisão. Natural imaginar os reflexos deste comportamento adaptativo na formação da jurisprudência e na litigiosidade.

Nem por isso, contudo, estão descartadas as discussões tendentes à maior eficiência do sistema, mediante a confluência das análises positiva e normativa. Nessa linha *Fischman*⁷⁹, v.g., defende que a dificuldade de avaliação objetiva da legislação não deve conduzir à falsa crença de que as decisões judiciais não são passíveis de qualquer mensuração interna. Porém, é possível estabelecer critérios de aproximação, sugerindo a inconsistência entre julgadores, indeterminação legal e *erro judicial*, aferíveis via informações objetivas. Um nível extremamente acurado de inconsistência não pode ser identificado, é verdade, mas é possível estipular faixas de valores, dentro dos quais os graus de indeterminação e erro possam ser estimados.

Mesmo no campo da matemática qualquer medição não é mais do que arbitrária, o que jamais impediu que o homem buscasse a transcendência. A imprecisão pode ser inerente ao seu objeto de estudo, bastando lembrar o *princípio da incerteza de Heisenberg*, enunciado da mecânica quântica formulado em 1927 por Werner Heisenberg, que impõe restrições severas à precisão com que se podem efetuar medidas *simultâneas* de uma classe de pares de observáveis em nível subatômico.⁸⁰ Por isso mesmo que se fala da precisão judicial, e não de sua exatidão, esta, por definição, materialmente inatingível.

⁷⁹ FISCHMAN, Joshua. **Measuring inconsistency, indeterminacy, and error in adjudication**. American Law & Economics Review, v. 16, p. 40, 2013. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1884651>> Acesso em 20 de fevereiro de 2015.

⁸⁰ A localização de um elétron exige fazê-lo interagir com algum instrumento de medição, como radiação. Ao se medir a velocidade com precisão, alterar-se-ia a posição de modo não totalmente previsível, ou quanto mais precisamente se medir uma grandeza, forçosamente mais será imprecisa a medida da grandeza correspondente, chamada de canonicamente conjugada.

2.3 Imprecisão e erro

O que se aventou, até agora, não constitui embargo para que o tema da *precisão judicial* seja cientificamente estudado, ou constitua objeto de aproximação por instrumentos das ciências jurídicas e econômicas. Afinal, “quando o intelectual foge de temas complexos, quem perde é a comunidade (...) o conceito de justiça é fluido, mas nem por isso Hans Kelsen deixou de investigá-lo”.⁸¹ Mais do que isso, é perfeitamente possível identificar e relacionar providências *legais* que regulam, para mais ou para menos, o grau de precisão judicial, em função de seus custos.

As ciências humanas, e assim as jurídicas ou econômicas, não manejam grandezas exatas⁸², e falar em ‘maximização de bem-estar social’ ou em ‘racionalidade do sujeito econômico’ considera-se exemplos contundentes de quanto tais expressões têm significado problemático e puramente normativo, falhando ao teste da análise positiva. Todavia, a ideia de precisão judicial não chega a tanto. Objetivamente é possível a fixação de bandas nas quais dada decisão, por se calcar em boa informação, pode ser considerada acertada.

Afinal, falar em maior precisão na adjudicação não implica em qualquer reivindicação de justiça ou exatidão, nem da decisão em si, nem de algum método para avaliar tal decisão. Mas apenas de verificar se fatos aconteceram, dentro dos domínios de causa e efeito estabelecidos pela física Newtoniana, de forma mais ou menos controlável. Para ficar nos exemplos mais simples, desvendar-se se o agente A desferiu os golpes que causaram a morte da vítima B; se os valores exigidos em execução de título extrajudicial correspondem aos pactuados; qual foi o montante de danos materiais sofridos em colisão automobilística.

A lei e a própria Constituição preveem a hipótese do erro judicial, reconhecendo, com isso, a existência de margens intoleráveis de *imprecisão*. Objetivamente, a lei descreve essas margens ao estipular os requisitos que irão ensejar a revisão ou rescisão do julgado acobertado por preclusão máxima.⁸³

Foca-se a precisão judicial em graus, em geral proporcionais aos investimentos probatórios tendentes a afastar ou reduzir o *erro* de decisão, o que leva a duas séries de considerações: a) mesmo não sendo possível o estabelecimento de um *ranking* de *qualidade*

⁸¹ CRISTO, Alessandro. **Direito à felicidade eleva os propósitos do STF, não os deprecia**. Conjur, 2014. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-set-07/entrevista-saul-tourinho-leal-advogado-professor-idp>>. Acesso em 22 de junho de 2014.

⁸² Qualquer tese jurídica, do mesmo modo, é insuscetível de avaliação exata - o que não impede a existência da presente dissertação, cujo destino é primordialmente o de receber conceito, com base em critérios, se não perfeitos, os possíveis.

⁸³ Ver Parte I, Cap. 3, item 2, A lei como determinante o grau de precisão

entre decisões, pode-se dizer que haverá, em algum nível, decisões menos precisas, e algumas comprovadamente imprecisas ou erradas - como condenar penalmente um inocente, ou determinar a paternidade daquele que não é o genitor; b) maior precisão pode ser obtida – leia-se, erros podem ser evitados – mediante investimentos que possibilitem maior fluxo de informação ao processo, dentre outras medidas cuja análise transborda os limites do presente trabalho.

Afinal, a própria existência do Direito aposta na possibilidade de apreensão de realidades pelo julgador. Caso contrário, seria somente justificável o emprego franco e incondicional do método mais econômico de solução de disputas, o do *sorteio*, que outrora ganhou a atenção literária de *Rabelais*⁸⁴:

Faço como vós, senhores, como é uso na judicatura, ao qual o nosso direito manda sempre sujeitar-nos (...). Tendo bem visto, revisto, lido, relido, passado e folheado as queixas, adiamentos, comparações, comissões, informações, antecipações, produções, alegações, contestações, réplicas, tréplicas, pareceres, despachos, interlocuções, retificações, certidões, protelações, escrituras, agravos, ressalvas, ratificações, confrontações, acareações, libelos, apostilas, cartas reais, compulsórias, declinatórias, antecipatórias, evocações, remessas, contra-remessas, baixas, confissões, suspensões, prosseguimentos, e outros incidentes, provocados por uma ou outra parte (...), coloco na extremidade do gabinete toda a papelada do réu e tiro-lhe a sorte (...). Isso feito, coloco a papelada do autor (...) na outra extremidade da mesa (...). E então uso os meus dadinhos (...). Tenho outros dados bem bonitos e harmoniosos, os quais uso, (...) quando a matéria é mais clara, quer dizer: quando a papelada é menor. E arremata: Como dizem os talmudistas; a sorte não contém mal algum; somente pela sorte, na ansiedade e dúvida dos humanos, se manifesta a vontade divina.

⁸⁴ Rabelais, Gargântua e Pantagruel - citado por Godoy Conjur http://www.conjur.com.br/2012-set-23/embargos-culturais-francois-rabelais-processo-algo-desprezivel#_ftn3

3 NÍVEL ÓPTIMO DE PRECISÃO

3.1 A assimetria informativa e o grau de precisão judicial em contexto

É possível traçar um retrato *panorâmico* da questão da precisão na decisão judicial partindo-se de sua gênese em direção aos seus efeitos sociais, e o presente capítulo objetiva *descrever* e *contextualizar* o tema de forma horizontalizada, sendo certo que algumas das questões sofrerão aprofundamento ulterior.

O julgador, para decidir o litígio, deve superar a natural *assimetria informativa*, inerente à sua posição de terceiro neutro ao conflito entre as partes. É por isso que tribunais dispõem volumosos recursos processando informações, com o objetivo de, segundo critérios constitucionais, desvendar e classificar fatos jurídicos relevantes às causas em apreciação, como também para apreender o sentido das normas.

É legítimo supor que, até um determinado limite, segundo *Posner*, a precisão aumenta, a grosso modo, à raiz quadrada da coleção de evidências⁸⁵. Quanto melhores, mais qualificadas e fidedignas forem as informações com que puder contar o adjudicador, mais acertada poderá ser a sua decisão, reduzindo-se a margem de erro de julgamento. A informação excessiva, é verdade, não gera aumento marginal de precisão,⁸⁶ podendo até mesmo reduzi-la, constituindo um ruído. Há, porém, limites mínimos probatórios ou informacionais para aquém dos quais não será produzida uma decisão acurada e a própria causa que independe de dilação probatória repousa em um contexto fático que deve ser suposto.

Assim, para ilustrar a correlação entre mais informação e precisão, suponha-se que a decisão judicial que declara a paternidade, ou que condena alguém à sanção criminal, se qualifique como *mais precisa*, ou *mais acurada*, quando lastrada em provas mais confiáveis,

⁸⁵ POSNER, Richard. POSNER, Richard. **An economic approach to the law of evidence**. John M. Olin Law & Economics Working Paper n. 66, Universidade de Chicago. Disponível em <<http://www.law.uchicago.edu/files/files/66.Posner.Evidence.pdf>>. Acesso em 2 de maio de 2015, p. 7.

⁸⁶ Ibidem, p. 7

como a perícia técnica de DNA⁸⁷. Será *menos precisa*, quando calcada em elementos com maior aptidão à falibilidade, como a testemunhal⁸⁸ ou indiciária.⁸⁹

No caso das ações indenizatórias, por sua vez, *maior precisão* na mensuração de danos equivale à precificação mais fidedigna e individualizada do prejuízo impingido à vítima, seja material ou moral. Este apurado, em geral, segundo os parâmetros jurídicos sofrimento da vítima e punição ao ofensor, sendo objeto de revelação do valor dos rendimentos usuais do requerente e a capacidade patrimonial do requerido, bem como a magnitude da dor, na busca do equilíbrio entre compensar o sofrimento e obter o efeito retributivo e gerador de precaução.

Embora a utilidade marginal da prova decline na medida em que mais evidências sejam reunidas, decisões mais informadas provavelmente serão mais precisas. Implicam em melhor prestação jurisdicional, redundando em diversos benefícios, tanto privados quanto sociais. Porém, carrear para o processo mais e melhores informações não se faz senão mediante grande dispêndio de recursos, o que esbarra em inexoráveis limites da realidade (como direitos contrapostos, finitude da estrutura judicial, ou naturais constrangimentos na capacidade administrativa e cognitiva), cuja superação não se faz a baixo custo, o que obriga que a lei decida sobre *o quanto* de informação será vertido para cada espécie de litígio, atendida a

⁸⁷ Não se pretende, aqui, insinuar que os elementos periciais sejam isentos de dúvidas. Tem-se a impressão de que testemunhas descrevem suas percepções sensoriais ao passo em que peritos se valem de conhecimento técnico especializado, o que confere maior credibilidade à prova pericial. Contudo, às primeiras somente cabe enunciar fatos de que conhecem em primeira mão, os quais presenciou ela própria, não lhe cabendo, em princípio, emitir opinião ou enunciar fatos de ouvir dizer. Contrariamente, peritos emitem opiniões com base em informações colhidas de outras testemunhas ou com base em exames que fez, abrindo margem para o erro pericial. Ainda, avanços no campo da perícia forense evidenciam que teorias científicas que baseiam perícias forenses por vezes vêm a se mostrar incorretas ou obsoletas. De acordo com a Comissão da Califórnia para a Justa Administração da Justiça, “erros em testes da ciência forense constituem a segunda causa mais comum de condenações erradas de pessoas inocentes nos EUA”. Ver MELO, João Ozorio. Revista Consultor Jurídico, 18/02/2015, disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-18/california-aprova-lei-especifica-reparar-erros-pericia-forense>>, consulta em 19/02/2015. Como exemplo, no caso *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc* (1993), a Suprema Corte dos EUA estabeleceu quatro critérios para estabelecer a confiabilidade da evidência científica: a) tenha sido testada (noção de falseabilidade, de Karl Popper); b) tenha sido publicada ou peer-reviewed; c) tenha margens de erro conhecidas; d) seja generalizadamente aceita na comunidade científica relevante (EDMOND, Gary; HAMER, David. **Evidence law**. In.: CANE, Peter; KRITZER, Hebert (eds.). The Oxford handbook of empirical legal research. Oxford University Press, 2010.). Na mesma coletânea Edmond e Hamer inventariam a literatura científica a respeito da confiabilidade de perícias legais, enumerando os achados mais relevantes sobre a questão.

⁸⁸ Testes empíricos demonstrando a falibilidade da prova testemunhal, inclusive para a identificação de pessoas, estão relacionados em EDMOND, Gary; HAMER, David. **Evidence law**. In.: CANE, Peter; KRITZER, Hebert (eds.). The Oxford handbook of empirical legal research. Oxford University Press, 2010, p. 652-678. O mesmo autor refere que não estão os exames laboratoriais, contudo, infensos a erros de manipulação, ou falsos positivos e negativos.

⁸⁹ Para o Código de Processo Penal, indício é “a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias” (art. 239). Segundo o STF, com base no art. 239, do CPP, “o julgador pode, através de um fato devidamente provado que não constitui elemento do tipo penal, mediante raciocínio engendrado com supedâneo nas suas experiências empíricas, concluir pela ocorrência de circunstância relevante para a qualificação penal da conduta” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 103.118/SP**, Relator Min. Luiz Fux. Brasília, 16 de abril de 2012).

importância dos valores em disputa. Quanto mais numerosos e complexos os atos processuais necessários para que se decida o litígio (longas audiências, elaboração de perícias judiciais intrincadas, e até a compreensão de leis altamente complexas), maiores serão os custos econômicos envolvidos no aumento da precisão.

Como será tratado em capítulo próprio, tais custos devem ser percebidos em seu sentido mais amplo. Além dos custos *monetários*, despendidos para a manutenção da estrutura material (prédios, equipamentos, veículos) do Poder Judiciário e dos órgãos, públicos e privados, a ele relacionados em sua atividade fim (departamentos de polícia e de perícia legal, procuradorias, defensorias, Ministério Público) e para a remuneração de mão de obra (juízes, advogados, delegados, peritos, servidores e pensionistas), compreendem-se ainda outros *custos econômicos*, não monetários, como os pertinentes à duração do processo (custo do tempo), ao erro judicial (custos diretos e indiretos do erro), à congestão dos tribunais e de outros órgãos, bem como os de oportunidade.

Estes custos não são integralmente suportados pelas partes privadas envolvidas no litígio, mas pela sociedade (custos sociais), primordialmente mediante recursos obtidos por meio da interferência do Estado na liberdade e na propriedade individuais, ou seja, via cobrança de impostos. Por isso que os custos podem ser privados, quando desembolsados pelas partes que integram a relação processual, ou sociais, cobertos pela sociedade.

Se as custas processuais pagas pelas partes não são suficientes para cobrir o custo de manutenção da estrutura judicial como um todo, disso decorre que a sociedade *subsidiaria* litigantes, para que, independentemente de sua capacidade econômica, compareçam perante um agente público e produzam provas para defesa de seus pontos de vista. Por isso a decisão sobre o quanto de instrução processual as causas irão merecer, se caracteriza como escolha coletiva, que as ciências econômicas, e em particular a economia pública, tem por objeto, que diz respeito à distribuição de recursos escassos entre a população, de forma consciente e planejada, mediante a formulação de políticas públicas.

Escolhas públicas se relacionam à escassez, que pode ser compreendida como o descompasso entre os desejos humanos e os recursos necessários para satisfazê-los.⁹⁰ Em um cenário de insuficiência, as ciências econômicas se debruçam sobre a melhor forma de atender o maior número de interesses (ou de utilidades) com o menor sacrifício possível, tendo por meta a otimização de resultados, que levará ao bem-estar.

⁹⁰ FARACO, Alexandre Ditzel; SANTOS, Fernando Muniz. **Análise econômica do direito e possibilidades aplicativas no Brasil**. Revista de Direito Público da Economia. Belo Horizonte, Ano 3, n.º 9, p. 27-61, jan/mar 2005, p. 30.

Diante da insuficiência de recursos para fazer frente a necessidades públicas, crescentes e infinitas, as escolhas públicas buscam equilibrar utilidades antagônicas que se entrecrocaram, impassíveis de satisfação total. Essas impossibilidades conciliatórias são traduzíveis na fricção entre valores jurídico-constitucionais, que, limitando-se entre si, não serão realizados plenamente. Essa, aliás, a razão da liça política, que, em sua justificação normativa, envolve a negociação entre representantes de diversos segmentos sociais com interesses antagônicos.⁹¹

Os imperativos de ordem constitucional, de eficiência, moralidade e obediência a princípios fundamentais, determinam que a decisão pública seja tomada mediante a ponderação sobre qual porção de um valor será sacrificada em prol de maior preservação de outro. Toda a restrição de direitos constitucionais que se opera em prol da superação da assimetria informativa pelo juiz, que, por sua vez, se espera, irá incrementar a precisão na decisão judicial, deve ser computada como custo.

Assim, o juiz, ao proceder a instrução do processo, assegura vigência ao direito fundamental à ação e à não subtração da tutela jurisdicional⁹². Mais do que isso, como todo o processo refere um fato, a instrução probatória possibilita a salvaguarda judicial de todos os direitos constitucionais, remontando, assim, aos princípios do Estado de Direito. Ao mesmo tempo, porém, ao buscar desvendar realidades de mundo que lhe permitam contornar a assimetria informativa.

Os tribunais sacrificam liberdades que determinam o comparecimento compulsório de testemunhas, expedem mandados de busca e apreensão, autorizam interceptações telefônicas. Nessas ocasiões, direitos constitucionais contrapostos sofrem restrição, especialmente o direito de ir e vir, à privacidade e à intimidade, e mesmo, de forma indireta, o direito à propriedade, reduzida em prol dos impostos coercitivamente cobrados para custear a estrutura coercitiva.

Por este motivo, porque virtualmente improvável que o indivíduo ou a coletividade realizem qualquer atividade sem incidir em custos. O ordenamento jurídico realiza escolhas concretas sobre o quanto irá prevalecer de cada um dos diversos valores antagônicos

⁹¹ Ver COOTER, Robert D. **The strategic constitution**. Princeton: Princeton University Press, 2000; E, KEITH E. Whittington. **The american journal of legal history**. Vol. 44, nº 1, Jan. 2000, pp. 104-106; COOTER, Robert D. **Constitutional Consequentialism: bargain democracy versus median democracy**. Berkeley Law, 2000. Disponível em <http://works.bepress.com/robert_cooter/5>. Acesso em 18 de maio de 2015.

⁹² CF, art. 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”

envolvidos, vale dizer, define o quanto irá custar, em termos de liberdade individual, a satisfação do imperativo democrático consistente em instruir um processo judicial.

Cada porção de utilidade restringida em prol da preservação ou manutenção de outra consiste em um *custo*, que pode ou não estar representado monetariamente pelo preço. No processo judicial, muitas vezes o custo não está explícito e não é conscientemente dimensionado ou levado em consideração pelas partes e pelo juiz, ao qual cabe *dirigir o processo*⁹³. Contrariamente ao que ocorre no Tribunal Arbitral, que mantém no horizonte de considerações, em geral, a relação entre os resultados do arbitramento e os custos da adjudicação.

Por isso, não considerar custos implicará na elaboração de uma política pública de má qualidade. Descurar a escassez no sistema judicial implica em que uma das partes, ou a sociedade, reste desnecessariamente sobreonerada, em prejuízo da eficiência do sistema de público de solução de disputas e até do acesso à jurisdição.

Em resumo, a transformação de informação privada em pública, envolvida no processo judicial, não se opera gratuitamente, e seus custos transcendem em muito os encargos pecuniários. Mais do que isso, custos são determinantes, havendo um ponto a partir do qual não será justificável a produção de provas adicionais. Seja pelo custo proibitivo, como, v.g., o de sacrificar totalmente direitos contrapostos, como o direito à privacidade, ou diante da magnitude dos custos econômicos envolvidos. Seja porque o excedente de informação não implicará em correspondente aperfeiçoamento marginal na dicção do direito (vale dizer, em maior precisão), e sua busca ilimitada pode colocar em cheque os objetivos mesmo do processo, que deve ter fim em tempo moderado.

Como sucedâneo da realidade processual, em substituição ao fato que não logrou ser comprovado, a legislação estabelece a alocação do risco no processo, atribuindo às partes ônus probatórios. Os custos sociais em aumento da precisão na decisão judicial, contudo, não são despendidos em vão, a ele correspondendo diversos benefícios que revertem em prol da coletividade. O investimento social em precisão na decisão judicial se justifica pela preservação das funções do Direito e do ordenamento jurídico, que rege a vida em sociedade, em prol do bem-estar social.

Da ampliação da precisão na aplicação do Direito são esperados benefícios sociais que justificam seus custos. Dessa forma, aos custos sociais para maior precisão da prestação jurisdicional, já aventados, correspondem benefícios sociais, ganhos que se espriam para além

⁹³ CPC, art. 125: “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código”.

da realização da justiça no caso concreto. Tais como o sentimento de justiça, a cooperação e a coordenação social,⁹⁴ a redução da litigiosidade,⁹⁵ a moldagem de comportamentos,⁹⁶ a inibição da litigância frívola,⁹⁷ a dissuasão de atividades ilícitas, dentre outros.

A escolha do ponto em que a sociedade irá financiar ou subsidiar o acréscimo de informações reveladas ao adjudicador não leva em conta apenas os custos que recaem sobre as partes e terceiros. Mas também, contempla benefícios sociais resultantes da melhoria da prestação jurisdicional.

O direito '*litigado*', por assim dizer, a sua dicção em processos reais pelos tribunais, e o enfrentamento das consequências da coerção estatal pelos envolvidos, materializa os comandos legais, endereçando de forma concreta o conjunto de incentivos sobre a sociedade, reforçando o efeito expressivo e a aculturação,⁹⁸ assim que o ordenamento jurídico se faça sentir sobre os destinatários da norma. A capacidade dos Tribunais de, com frequência, responsabilizar agentes por atos ilegais, com baixo índice de erro (falsas procedências e improcedência), possibilita que seja mantida a lógica de coordenação social por meio do conjunto de incentivos constantes do ordenamento.

Para explicar por meio de um exemplo, considere-se que uma das diversas funções da regra da lei seja a dissuasão de comportamentos ilícitos, que opera via imposição de incentivos, muitas vezes negativos. A probabilidade da incidência de sanção legal sobre o comportamento ilícito interfere negativamente na decisão do agente de cometê-lo, já que reduz

⁹⁴ Mesmo a simples circulação de veículos pelas vias públicas envolve a existência e efetividade de regras legais, passíveis de cumprimento coativo, que permitem a ação coordenada dos condutores de automóveis, sem as quais não seria possível o tráfego. Por vezes as normas sociais falham em normalizar as relações jurídicas, ainda que sobrepaire, a reforçar sua eficácia, a ameaça da possibilidade de acesso ao juiz.

⁹⁵ Cooter e Ulen, ao referir os jogos de negociação que testam o Teorema de Coase (COASE, Ronald H. **O problema do custo social**. Trad. Francisco Kümmel F. Alves e Renato Vieira Caovilla. Curitiba: Pontifícia Católica do Paraná (PUCPR). Disponível em <<http://www.pucpr.br/arquivosUpload/5371894291314711916.pdf>>. Acesso em 18 de maio de 2015), mencionam evidências empíricas no sentido de que negociadores, ou litigantes adversos, entrarão em cooperação mais frequentemente quando os seus direitos forem claros, reduzida esta probabilidade quando os direitos são ambíguos, pois o direito define os valores de ameaça - ou "o quanto seria obtido sem cooperação" (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5a ed., São Paulo: Bookman, 2010, p. 429). Logo, a cooperação entre litigantes ocorreria com maior facilidade quando os valores de ameaça, definidos pelo direito, fossem de conhecimento público. Assim, a cooperação nas relações jurídicas restará comprometida se os Tribunais não emitirem sinais uniformes e adequados sobre a titularidade e o valor dos direitos em causa.

⁹⁶ A moldagem de comportamentos está diretamente ligada à precisão na jurisdição em função da capacidade do Judiciário de, na aplicação da lei, distinguir entre atividades lícitas e ilícitas, inibindo as últimas sem, contudo, prejudicar as primeiras, responsáveis pela riqueza social.

⁹⁷ Pode-se afirmar que o aumento de precisão está diretamente relacionado à probabilidade de se detectar a litigância de má-fé. Se houver coincidência entre as indicações probatórias de frivolidade e as indicações probatórias do mérito, com frequência a melhora na precisão jurisdicional irá possibilitar que a corte possa determinar a sinceridade da demanda, e com isso inibir tal conduta (McG. BUNDY, Stephen. **Valuing Accuracy - Filling out the Framework**: Comment on Kaplow. The Journal of Legal Studies, v. 23, n. 1, jan/1994, p. 425): justamente, é da capacidade de melhor perceber estados de mundo e sobre eles aplicar o direito que se está tratando.

⁹⁸ Ver ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 281 e seguintes.

os ganhos derivados deste comportamento. As consequências legais constituem um sobre-custo determinado por lei que reduzem o proveito do ilícito. Contudo, como a letra morta da lei não gera consequências efetivas no mundo real, a previsão abstrata de sanção será inoperante se os tribunais não forem capazes de aplicá-la de forma mais ou menos acertada (precisa), e, também, com suficiente frequência.⁹⁹

A coordenação social e a dissuasão de comportamentos ilícitos se destacam no contexto da precisão judicial. A boa adjudicação reforça o efeito expressivo de coordenação social do Direito, de modo a dispensar a intervenção do juiz caso a caso. Espera-se um incremento no índice de cumprimento espontâneo da lei, expandindo o seu efeito aculturador, preservando-se o conjunto de incentivos previstos pelo ordenamento.

Uma grande confiança em decisões judiciais acertadas permite que determinado nível de dissuasão de comportamentos ilícitos possa ser assegurado sem a intervenção, caso a caso, dos Tribunais, e com a imposição menos frequente de sanções (a ensejar menores custos para fiscalização e coação estatal), ou de sanções menos graves (sanções graves geram acentuado custo social e privado, que a adoção de sanções mais leves permite liberar). A necessidade de imposição de sanção derivada da ótima precisão irá reduzir a solicitação da estrutura coercitiva do Estado e fará com que menor esforço de *cumprimento* seja envidado, resultando, mais uma vez, em eficiente economia de recursos.

A *visão panorâmica* ora procedida permite, de forma sintética, relacionar o grau de precisão judicial aos custos sociais - relevando aspectos como escassez, restrições de direitos constitucionais, - e seus benefícios sociais - com preponderância dos efeitos expressivos de coordenação social do Direito, dissuasão de ilícitos, preservação de incentivos legais.

Cabe à legislação, com base nestes custos e benefícios, escolher o grau de precisão com que os Tribunais irão operar em cada gama de litígios.

3.2 Jurisdição e informação

"The exercise of determining the quality and definition of information is one that has to be survived and gotten over, rather than resolved." (George Gerbner)

"People will not die. Isn't this the creed of the new culture? People will be absorbed in streams of information" (Don DeLillo, *Cosmopolis*)

⁹⁹ Ver Araújo sobre a influência da norma sancionatória segundo o predomínio de violadores e não violadores (TGC, p. 133-134).

3.2.1 A informação na economia e no Direito

3.2.1.1. Economia da informação

Segundo *Stiglitz*¹⁰⁰, a economia da informação, que estuda como a informação e seus sistemas afetam a tomada de decisão, legou as descobertas de maior impacto no campo das ciências econômicas, representando espetacular “*ruptura com o passado*”. Abriu grandes áreas para exploração acadêmica e influenciou profundamente o modo como hoje se pensa a disciplina, em mudança paradigmática¹⁰¹, fornecendo explicações de fenômenos que de outro modo seriam incompreensíveis, ou dificilmente apreensíveis.¹⁰² É de grande relevância para as ciências sociais o reconhecimento de que a informação é imperfeita; de que obter informação envolve custos; de que existem importantes assimetrias informativas; em que extensão as assimetrias informativas são afetadas por ações de empresas e indivíduos. Autores como *Smith* (1776), *Marshall* (1928), *Weber* (1925) *Sismondi* (1814) e *Mill* (1848) já tratavam dos problemas informacionais.¹⁰³ O tema é fascinante e está no centro de polemicas da atualidade.¹⁰⁴

E, para o que aqui interessa, a economia da informação tem profunda ligação com o processo judicial, cuja finalidade é a tomada de decisão informada. Neste sentido, a informação promove o acréscimo de precisão na decisão judicial.

Difícil de categorizar, a informação, se partilhada, guarda feições de *commodity*¹⁰⁵ -¹⁰⁶ ou *bem público*. A informação como *commodity* não requer exclusividade de uso - o compartilhamento das informações que determinada pessoa possui não irá lhe gerar perdas - a produção de informação meteorológica é produzida por setores dela dependentes, mas os informes podem ser disseminadas publicamente, beneficiando a todos.

¹⁰⁰ STIGLITZ, Joseph E. **The contributions of the economics of information to twentieth century economics**. The Quarterly Journal of Economics. Vol. 115, nº 4, 2000, pp. 1441-1478.

¹⁰¹ STIGLITZ, Joseph E. **Information and the change in the paradigm in economics**. Prize Lecture, Aula magna, Stockholm University, 2001. Disponível em <http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2001/stiglitz-lecture.html>. Acesso em 22 de junho de 2014.

¹⁰² STIGLITZ, Joseph E. Op. Cit.

¹⁰³ Ibidem.

¹⁰⁴ Como nos casos notórios em torno de Edward Snowden e Julien Assange; o pranteado suicídio de Aaron Swartz e o processo judicial contra Ross Ulbricht, fundador da Silk Road.

¹⁰⁵ ARROW, Kenneth J. **The economics of information: an exposition**. Empirica, v. 23, n. 2, pp. 120-21, 1996;

¹⁰⁶ ALLEN, Beth. **Information as an Economic Commodity**. American Economic Review, n. 80, v. 2, pp. 268-273, 1990.

Sobre bens públicos, leciona *Freire*:¹⁰⁷

As necessidades e correlativas utilidades inerentes a um bem público puro são sentidas por um número considerável de sujeitos e ‘todos o podem usar, sem se prejudicarem uns aos outros nem poderem ser obrigados a pagar para isso’ [Sousa Franco, 1992]. A sua provisão é marcada por custos uniformemente decrescentes e o respectivo uso caracterizado pela ausência de problemas de superlotação. Trata-se, portanto, por definição, de bens de uso não-rival e insusceptíveis de exclusão.

Ainda, marcas como a não-rivalidade de consumo e a impossibilidade eficiente de exclusão são próprias dos bens públicos puros, gerando problemas de produção suficiente de coordenação e “efeito de boleia” (*free-riding*):

O consumo não-rival torna a exclusão economicamente ineficiente, enquanto que a impossibilidade de exclusão inibe a utilização do sistema de preços, pois, sem ela, os consumidores não têm incentivos a pagar pelo uso do bem e os produtores carecem de incentivos em fornecê-lo. As falhas de mercado associadas aos bens públicos assumem, por isso, as formas de subconsumo e de subprodução. Na ausência de mecanismos de mercado, a racionalidade do comportamento individual orienta-se pelo parasitismo, gerando-se um contexto social de descoordenação que impede a obtenção de melhorias de bem-estar social. O predomínio do ‘efeito de boleia’ é responsável pela ‘incapacidade de produção privada eficiente de bens públicos’, isto é, a conduta racional não conduz à eficiência social.¹⁰⁸

A informação não pode, contudo, ser toda ela considerada como bem público. Em sua aceção de conhecimento, tem a natureza de bem privado, havendo incentivos para que os privados a produzam, vez que sua detenção permite obter vantagens estratégicas ou competitivas. Está, ainda, disseminada pela sociedade, tornando dificultosa a sua recuperação. O problema do conhecimento (*knowledge problem*), assinalado por *Hayek*,¹⁰⁹ aponta como desafio fundamental em uma sociedade a *coordenação* de planos e ações entre agentes econômicos, os quais têm objetivos discrepantes, fazem escolhas calcadas em percepções particulares e são guiados por conjuntos próprios de informações *privadas*, nítidas as dificuldades para que reguladores e autoridades públicas obtenham informações relevantes grandemente dispersas na sociedade.

A informação ostenta algumas características *especiais* em relação a outros bens comuns: pode ser produzida com facilidade, porém muitas vezes não é confiável; é de fácil

¹⁰⁷ FREIRE, Paula Vaz. **A produção privada de bens públicos**. RIDB, ano 2, n. 5, p. 3755-3769, 2013. Disponível em <http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/05/2013_05_03755_03769.pdf> Acesso em 18 de maio de 2015, p. 3755.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 3756.

¹⁰⁹ HAYEK, Friedrich A. **The use of knowledge in society**. The American Economic Review, v. 35, n. 4, p. 519-530, set/1945. Disponível em <<http://www.econlib.org/cgi-bin/printarticle.pl>>. Acesso em 18 de maio de 2015.

propagação, porém de difícil controle. Não obstante tais oscilações, exerce crucial influência na tomada de decisões¹¹⁰, determinando a qualidade da escolha. Mesmo o uso da informação privada pode ser compartilhada mediante observação, pois as ações e decisões tomadas pelo agente informado podem revelar a informação aos observadores, como ocorre, *v.g.*, na análise técnica no mercado financeiro e na teoria dos jogos.

A informação, depois de judicializada, ou revelada perante os tribunais, pode se tornar pública e ser sinalizada à sociedade. Neste sentido, tem o potencial de ser matriz de fortes externalidades positivas, resultado de esforços de coordenação, produzindo benefícios de que seus eventuais produtores privados, os atores do processo, não podem se apropriar na totalidade - neste momento tendo as características de bem público. Informações contidas em processos judiciais podem determinar as escolhas dos observadores, como, por exemplo, determinar suas decisões políticas. Informações socialmente valiosas são disseminadas através do processo, como a redução de volatilidade realizada pela interpretação judicial da lei. Ainda, tornam-se públicas informações sobre produtos nocivos ao consumidor, autoria de delitos, resultado de investigações etc.

Neste sentido, mediante coordenação do Poder Judiciário, há potencial para transformação mais ampla da informação em bem público. Resta ainda margem para ampliação dessa externalidade positiva, mediante a ampliação do número de beneficiários diretos da informação judicialmente colhida, a promover o aumento do bem estar social e redução de despesas - como ocorre no processo por amostragem, sobre o qual se falará adiante,¹¹¹ A coordenação ensejaria que informações coletadas nos processos-amostra pudessem se estender para os demais casos idênticos, sem implicar em decréscimo de informação para os cedentes - o que iria reduzir o custo marginal de produzir a informação para cada processo. Ainda, essa forma de resolução de litígios, por promover a coordenação, irá se qualificar como bem público.

A) Informação imperfeita e assimetrias informativas

Informação perfeita acontece na situação em que o agente supostamente conta com todas as informações relevantes e necessárias à tomada de decisão - como no exemplo do jogo de xadrez, no qual cada jogador se encontra perfeitamente informado, pelas regras estabelecidas, posição das peças do tabuleiro e pelas jogadas do adversário. Informação perfeita

¹¹⁰ ALLEN, Beth. **Information as an Economic Commodity**. American Economic Review, n. 80, v. 2, pp. 268–273, 1990.

¹¹¹ Ver IV Parte - Aplicação da Teoria Econômica da Precisão Judicial

e racionalidade perfeita são suposições frequentes em modelos da economia neoclássica, por permitir o cálculo matemático do desvio relativamente a resultados desejáveis.

A assimetria informativa, opostamente, ocorre quando um agente possui mais ou melhor informação que outro, criando desequilíbrio no poder de negociação ou falhas de mercado. *George Akerlof, Michael Spence e Joseph E. Stiglitz* foram laureados, em 2001, com Prêmio Nobel de Economia por suas “*análises de mercados com assimetria informativa*”.

A associação entre assimetria informativa e ineficiência das soluções de mercado foi ressaltada por *Kenneth Arrow* em 1963, em estudo sobre a assistência médica - o doente não tem certeza sobre a qualidade dos serviços de saúde que poderá obter, em confronto com a melhor informação que o profissional ou a instituição médica sobre o tratamento que pode dispensar. Ordinariamente, o doente somente estará apto a melhorar seu vetor de informações, no melhor dos cenários, mediante experimentações sucessivas, assumindo riscos nesse processo de descoberta.

Seguiu-se o estudo de *Gorge Akerlof*,¹¹² de 1970, que se vale do exemplo do mercado de carros usados nos Estados Unidos. Compradores, ao contrário dos vendedores, ignoram a verdadeira condição dos veículos à usados venda. Desse modo, irão valorizá-lo pelo *preço médio*, o que resultará na subvalorização dos automóveis de boa qualidade e sobrevalorização dos de má qualidade. Os vendedores de boa mercadoria tenderão a se afastar deste mercado, já que compradores estão orientados a pagar por qualidade média, ao passo em que vendedores de mercadoria de pior qualidade a ele são atraídos. É possível que este mercado fique inundado de má mercadoria, o que provocará contínua depressão nesse mercado.

Em síntese, bens e serviços, públicos ou privados, assim como o comportamento de pessoas, se apresentam de forma não homogênea, ostentando diversos *níveis de qualidade* e características próprias. Tal condição não consistiria em um problema se toda a informação estivesse disponível às partes em relação, vale dizer, se todos os envolvidos detivessem igual conhecimento a respeito da características de bens e serviços, públicos ou privados. Não havendo, contudo, informação perfeita ou simétrica, as transações entre agentes, e as escolhas coletivas, estão mergulhadas na incerteza, o que gera consequências na afetação de recursos econômicos, na retração ou eliminação de mercados, na impossibilidade de concretização de

¹¹² AKERLOF, George A. **The market for 'lemons': quality uncertainty and the market mechanism**. The Quarterly Journal of Economics, Vol. 84, nº. 3, Aug/1970, pp. 488-500. Oxford University Press. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/1879431>>. Acesso em 18 de maio de 2015.

princípios fundamentais de equidade e igualdade de oportunidades¹¹³, e problemas para a decisão judicial.

A teorização acerca da assimetria informativa é, portanto, crucial para a jurisdição, determinando as escolhas legais e interpretativas e gerando impactos em todo o sistema jurídico, como ocorre com o oportunismo, vez que o juiz, lutando por contornar a assimetria, ignora se está diante de informação ou de ruído.

Para *Black*,¹¹⁴ ruído é o oposto da informação, mas com ela se confunde, podendo levar a ineficiência. Está em todos os lugares e pessoas o produzem virtualmente todo o tempo. Conduzem a erros de medição, avaliação ou de julgamento, não havendo formas seguras de distinguir a informação verdadeira do ruído. Segundo *Black*, os ruídos permitem o desenvolvimento de negócios especulativos, o que o corre, *v.g.*, quando operadores financeiros negociam com base em notícias ou previsões disseminadas no mercado sem checar sua veracidade, mas conhecendo os efeitos que terão sobre o comportamento de investidores (efeito manada). Empreendedores desenvolvem teorias sobre as utilidades de indivíduos e coletividades - assim como gestores públicos teoricamente buscam conhecer o que se faz necessário para a boa gestão social.

Também, partes que litigam em juízo dele se aproveitam, ao se valer da incapacidade dos tribunais em acessar a informação perfeita - na Análise Econômica do Direito a chamada incompetência judicial.

B) Minimização dos efeitos das assimetrias informativas

Há, porém, algumas práticas ou mecanismos capazes de reduzir o custo a superação das assimetrias informativas, como a *reputação* e a *sinallização* - ainda que muito raramente seja ela colmatada.

Interessante acompanhar o raciocínio de *Stigler*¹¹⁵ quando descreve a *reputação* como mecanismo para minimizar os efeitos da assimetria informativa. Principia ele por analisar a dispersão de preços de bens no mercado. Se compradores que precisam obter menor preço precisam fazer '*buscas*' custosas, a dispersão de preços é uma demonstração, assim como uma

¹¹³ FERNANDES, Abel Costa. **Economia Pública**: Eficiência económica e teoria das escolhas colectivas. 2ª ed., Lisboa: Edições Sílabo, p. 191.

¹¹⁴ FISCHER, Black. **Noise**. *Journal of Finance*, Vol. XLI, n. 3, Julho/1986. Disponível em <http://cruel.org/econthought/profiles/auxfiles/black_86.pdf>. Acesso em 18 de maio de 2015.

¹¹⁵ STIGLER, George J. **The economics of information**. *The Journal of Political Economy*, v. 69, n. 3, p. 213-225, jun/1961. Disponível em <<http://home.uchicago.edu/~vlima/courses/econ200/spring01/stigler.pdf>>. Acesso em 18 de maio de 2015.

medida, da ignorância no mercado. O custo da busca varia conforme o valor do tempo de quem empreende pessoalmente a busca, e segundo a categoria do bem, sendo que para bens únicos a busca encareça sobremodo. Mesmo o custo de *commodities* pode variar porque cláusulas negociais estão implícitas na transação, tornando necessária a comparação dos benefícios jurídicos subjacentes ao negócio. Por isso, o custo da busca acarreta que vendedores, como negociantes de carros, possam fornecer um “lugar” em que compradores e vendedores se encontrem.

A identificação de vendedores e a descoberta de seus preços e da qualidade dos bens são apenas uma amostra do vasto papel da busca por informações na vida econômica. Outros exemplos seriam a procura de campos lucrativos para investimentos e de indústrias, localização e empregos para trabalhadores. Qualidade ainda não foi especificada com sucesso pela economia, esquivando-se extensivamente para todos os problemas nos quais ela entra. Algumas formas de organizações econômicas podem ser explicadas preponderantemente como eliminadoras de incertezas relativas à qualidade - lojas de departamento podem ser vistas como instituições que promovem buscas por patamares de qualidade superior de bens, fornecendo garantias de que a qualidade é boa.

Por isso que reputação é valiosa, eliminando os custos da busca. Uma marca ou nome reflete a persistência da qualidade; reputação comanda um preço, ou reclama penalidade, porque significa economia em buscas. Segundo *Stigler*,¹¹⁶ o consumidor têm um grande “laboratório”, pronto para entregar informação rápida e gratuita - o que ajuda, mas não chega a superar de todo o problema, pois não é eficiente eliminar todos os efeitos da ignorância.

A *sinalização*,¹¹⁷ explicada em outro tópico,¹¹⁸ também é ferramenta que minimiza os efeitos da ignorância. Um arranjo parcial de informações, que pode ser facilmente endereçado a menor custo, é revelado, e o receptor, muitas vezes contando com o beneplácito da reputação, presume ou deduz os demais elementos faltantes, podendo filtrar ou concentrar suas buscas, ou assimilar realidades.

A *detecção* (*screening device*) é um mecanismo descrito pioneiramente por *Stiglitz*, que implica em que partes subinformadas possam induzir a outra parte a revelar suas informações, agravando desequilíbrios de mercado, como a seleção adversa ou o *moral hazard*.

¹¹⁶ STIGLER, George J. **The economics of information**. The Journal of Political Economy, v. 69, n. 3, p. 213-225, jun/1961. Disponível em <<http://home.uchicago.edu/~vlima/courses/econ200/spring01/stigler.pdf>>. Acesso em 18 de maio de 2015, p. 224

¹¹⁷ A respeito, ver também MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 140-141, 432, 565 e 629.

¹¹⁸ II Parte, Cap. 2, item 4.2, Sinalização

Oferece-se um conjunto de escolhas de tal modo composto que a opção dependa da informação privada da outra parte. A taxa de juros que um indivíduo esteja disposto a pagar pode atuar como instrumento de detecção para o credor, que não tem plena informação sobre os projetos do primeiro.

No caso dos processos judiciais, a superação dessa assimetria não se faz, em geral, a baixo custo, e deve ser procedida de maneira cuidadosa, dadas as características da informação, como dificuldades em distinguir o que é fidedigno do ruído e de tratar incertezas e informação incompleta. A garantia do contraditório parece derivar em grande parte dessas vicissitudes que cercam a informação. O ordenamento jurídico, especialmente ao tratar dos procedimentos judiciais e das provas, concebe diversos instrumentos de revelação que variam conforme o contexto, sofrendo interessante evolução histórica. Para tanto, necessário proceder à tomada de declarações da parte ou interrogatório do acusado, a oitava de testemunhas, a elaboração de laudos periciais, a análise documental. Outras informações poderão ser capturadas através de mecanismos como a infiltração de agentes, o uso de informantes (*whistleblower*), delação premiada, interceptação telefônica. Em sociedades com grande risco jurídico, a revelação de fatos pode partir dos próprios infratores, que terão incentivos para exercer a autodenúncia.

3.2.2 *Decisão judicial, informação imperfeita e precisão*

No processo judicial, a assimetria informativa é uma realidade - algum ou alguns sabem mais do que outro ou outros, incluindo o juiz. Ambas as partes não contarão com o mesmo conjunto de informações relativamente aos elementos da relação jurídica, sendo possível supor que uma detenha mais e melhor informação do que a outra.

Relembre-se do exemplo de *Akerlof*,¹¹⁹ da compra e venda de automóvel usado, em que o vendedor detém mais informações sobre o objeto contratual do que o comprador, podendo omitir circunstâncias que posam desvalorizar o veículo, aproveitando-se dessa assimetria informativa - atitude que é suposta pelo compradores e vendedores em detrimento do mercado, como descrito.

Ademais, embora contra-intuitivo, é possível que uma parte detenha *menos* conhecimento a respeito de si própria do que a outra. Nas relações de consumo, *fornecedores*

¹¹⁹ AKERLOF, George A. **The market for 'lemons': quality uncertainty and the market mechanism**. The Quarterly Journal of Economics, Vol. 84, nº. 3, Aug/1970, pp. 488-500. Oxford University Press. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/1879431>>. Acesso em 18 de maio de 2015.

detém a expertise sobre hábitos de consumo e comportamento médio de consumidores, podendo prever as suas condutas futuras.¹²⁰

A descoberta de fatos jurídicos, etapa crucial ao resultado preciso da atividade judicante, é naturalmente truncada pela assimetria informativa, o que pode induzir a erros de julgamento - erros sobre a presença e compreensão de fatos, bem como sobre a interpretação do conteúdo da lei. O julgador buscará superá-la produzindo provas, sempre aberta a possibilidade de que a revelação de fatos não se dê de forma completa e que não se chegue à condição de informação perfeita. Para produzir julgamento em contexto de incerteza ou informação incompleta, o adjudicador irá valer-se de regras próprias, que norteiam a produção de provas e a alocação do risco do erro entre as partes.¹²¹

A hermenêutica legal implica, além do aprendizado do método, na necessidade de compreensão do significado das normas legais - e não se está, aqui, a falar de desvendar a essência do Direito ou do Justo, mas de pressupostos *técnicos* de sua aplicação. A correta subsunção dos fatos à lei pressupõe a clarificação do respectivo âmbito de aplicação, assim como o sopesamento de dois valores que se entrecrocavam presume a definição do conteúdo dos princípios em conflito.

A inevitabilidade da incerteza e a onipresença do erro na descoberta de fatos está amplamente contemplada pelo ordenamento jurídico, constituindo um dos fundamentos das leis que regem a produção e a avaliação de provas. É dito que a lei processual se destina a proceder *a alocação dos riscos de erros entre as partes*.¹²²

Neste cenário de informação incompleta não se pode garantir que o juiz domine fatos essenciais ao julgamento - quem fez o que gerando qual resultado. Porque a assimetria informativa compromete tanto a *observabilidade* pela parte contrária quanto a *verificabilidade* de fatos jurídicos pelo adjudicador, e o extremo da inverificabilidade gera a impossibilidade de adjudicação precisa. Como sintetiza Araújo,¹²³ referindo-se aos contratos “a observabilidade e a verificabilidade se reportam ambas à revelação de um estado de coisas relevante para a

¹²⁰ KAMENICA, Emir [et al]. **Helping Consumers Know Themselves**. January 17, 2011. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1742505>>. Acesso em 10 de maio de 2015.

¹²¹ “In one of our classics of literature, Alice in Wonderland, one of the characters is the Cheshire Cat who keeps appearing and disappearing and fading away, so that sometimes one could see the whole body, sometimes only a head, sometimes only a vague outline and sometimes nothing at all, so that Alice was never sure whether or not he was there or, indeed, whether he existed at all. In practice, our rules of evidence appear to be rather like that” (TWINING, William. **Rethinking Evidence: exploratory essays**. 2ª. Ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 532).

¹²² STEIN, Alex. **Foundations of evidence law**. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 264p.

¹²³ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 666.

execução dos deveres de um contrato, no primeiro caso uma revelação entre as partes, no segundo caso uma revelação perante um terceiro - julgador, árbitro, adjudicador”.

A observabilidade está relacionada ao equilíbrio obrigacional das partes, resultante de consenso de opiniões (ou equilíbrio de Nash não-cooperativo);¹²⁴ a verificabilidade será tanto mais importante quanto mais o adjudicador puder desempenhar papel ativo na afetação ou reafetação de recursos entre litigantes, especialmente se perturbada por deficiências na formação da vontade ou assimetria informativa entre eles.¹²⁵ A inverificabilidade, eventualmente causada tão somente pelo custo da comprovação, impondo barreira intransponível de assimetria informativa, torna o julgador inoperante (incompetência judicial). Ainda, a impenetrabilidade para terceiros pode ser o escopo das partes, dificultando deliberadamente a verificação, com ou sem objetivo de oportunismo - o objetivo pode ser lícito, como o anonimato.

*Kaplow e Shavell*¹²⁶ sustentam que litigantes têm fortes motivos para compartilhar informações. Poderão compartilhar as favoráveis para fomentar acordo e aprimorar seus termos - como ocorre quando o requerente demonstra que os danos suportados foram superiores aos imaginados pelo ofensor, buscando incrementar a indenização transacionada, e o requerido busca apresentar evidências de que não agiu de forma culposa, de forma a convencer o requerente, confrontado aos riscos de derrota, a aceitar oferta menor de indenização. Ainda, a revelação de informações pode evitar as inferências negativas, supondo que o ofensor presuma, dado o silêncio, que o requerente suportou danos inferiores aos médios decorrentes de sinistro.

Informações *não* serão partilhadas por questões processuais (v.g., informalidade na obtenção da prova), ou custo (v.g., necessidade de perícia dispendiosa) ou impossibilidade (v.g., prova negativa). Ainda, porque são desfavoráveis e irão interferir negativamente, seja para o julgamento ou para o acordo, *de forma mais acentuada do que as presunções decorrentes do silêncio* - notando-se que esta motivação pode ser dissimulada pela possibilidade de incidência das anteriores, e o adjudicador, e eventualmente também a outra parte, ignora se a prova existe

¹²⁴ “Suponha-se que cada jogador seja racional, conheça a sua própria função de recompensa, e conheça as escolhas estratégicas dos demais. Então as escolhas dos jogadores constituem um equilíbrio de Nash no jogo que está sendo jogado. Realmente, desde que cada jogador conheça as escolhas dos demais, e seja racional, sua escolha deve ser ótima dada as demais” (AUMANN, Robert; BRANDENBURGER, Adam. **Epistemic Conditions for Nash Equilibrium**. *Econometrica*, v. 63, n. 5, p. 1161-1180, set/1995. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/2171725>>. Acesso em 25 de junho de 2014.

¹²⁵ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 667.

¹²⁶ POSNER, Richard. **Economic analysis of law**. New York: Aspen, 2003, p. 58.

e está sendo ocultada porque prejudicial, ou se a prova não pode ser apresentada por impossibilidades como custo, anonimato, problemas de comunicação ou de agência, erro etc.¹²⁷

Poderá haver revelação de informações por determinação judicial, cuja eficácia é, contudo, marcada pelas limitações já aventadas, além de custos e eventuais problemas de captura e agência¹²⁸.

A legislação pode instituir mecanismos que incentivem a revelação, como, v.g., a previsão de acordos de leniência. A recente Lei 12.846/2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas por atos contra a administração pública (ou Lei Anticorrupção), na trilha das Leis 12.683/2012 (Lei de Lavagem de Dinheiro) e Lei 12.592/11 (Lei Antitruste), prevê benefícios, como isenção de determinadas penas e redução da multa, à pessoa jurídica responsável pela prática dos atos ilícitos que empreste efetiva colaboração com as investigações, desde que seja a primeira a cooperar e admita sua participação. Prevê, ainda, sejam consideradas na fixação das sanções a cooperação para apuração da infração e “*a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta*” - com a finalidade de internalização de valores éticos e de revelação espontânea às autoridades.

A depender do grau de precisão com que esta legislação será aplicada pelos tribunais:

“(...) a atenuante do *compliance* somada à previsão da proporcionalidade da pena ao grau de cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações (artigo 7º, inciso VII), suscitará novas e interessantes questões. Isso porque a investigação da prática de ilícitos pela própria empresa, em âmbito interno, será frequente, suscitando debates sobre seus limites e direitos dos investigados, como à privacidade diante de apreensões de documentos, mensagens eletrônicas etc.”¹²⁹

¹²⁷ Este parece ser um dos pontos cruciais na adjudicação, sendo possível observar grandiosa diferença de resultados quando o juiz da instrução determina a apresentação compulsória de provas que possam ser prejudiciais à parte - exemplificativamente, certidão de nascimento de todos os filhos de segurado do RGPS que vem em juízo alegar a sua condição precedente de trabalhador rural - em relação ao magistrado que faculta a exibição espontânea de elementos, usualmente insuficientes, pelo requerente.

¹²⁸ Problemas de agência surgem porque o agente (contratado), se valendo da assimetria informativa, tem incentivos particulares para agir em benefício próprio e em detrimento dos interesses do principal (contratante). Essa possibilidade de que o agente não cuide dos interesses do principal induz ao monitoramento e controle do principal sobre o agente, medidas que ampliam o custo da relação, reduzindo com isso sua frequência. Pela teoria da captura (George Stigler) o agente, que pode ser o perito, deixa de atuar pelo interesse processual de busca da verdade, passando a agir em prol do interesse de uma das partes visando as vantagens que irá obter.

¹²⁹ BOTTINI, Pierpaolo; TAMASSUSKAS, Igor. **Nova Lei Anticorrupção vai Estimular Compliance**. Consultor Jurídico, 2013. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-ago-06/direito-defesa-lei-anticorrupcao-estimular-compliance>>. Acesso em 18 de maio de 2015. (Ver MILLER, Geoffrey. **The compiling function: an overview**. NYU Center for Law, Economics and Organization. Law & Economics Research Paper series n°14-36, nov/2014. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=2527621>>. Acesso em 18 de junho de 2015).

O nível de precisão judicial repercute, ainda, no nível de busca, pelos particulares, de aconselhamento jurídico preventivo, estimulando-o na medida em que maior a precisão judicial seja obtida. *Kaplow*¹³⁰ considera que os efeitos de maior precisão na decisão judicial correspondem à extensão em que indivíduos estejam informados *ex ante*, supondo que maior precisão tende a interferir positivamente no comportamento se indivíduos já estão informados, perdendo tal eficácia se estão totalmente desinformados e não forem induzidos a se tornar informados *ex ante*.

É desejável o alinhamento entre custos sociais e privados dessa informação, que afeta diferentemente as partes, segundo o nível de aversão ao risco que ostentam.¹³¹

3.2.2.1. A neutralidade do juiz e a assimetria informativa

Sociedades democráticas têm como característica comum a designação de oficiais para exercer o papel de juiz, imbuídos do poder-dever de decidir controvérsias por meio da aplicação de um sistema pré-existente de normas, sendo marcadamente importante a relação entre a lei e a atuação dos Tribunais, tese bem aceita entre juristas.¹³²

Como dito, verdade e justiça em geral estão correlacionadas. Diversas regras do ordenamento versam sobre a coleta, processamento e avaliação de informações, tarefa ordinariamente vinculada à função judicial, que supõe vereditos corretos, precisos, livres de erros. Os princípios constitucionais e as regras legais e jurisprudenciais relativas à produção de provas visam estabelecer “*métodos racionais para determinar questões de fato*” tendo como objetivo central “*maximizar a precisão na determinação de fatos*”¹³³ em meio a outros interesses conflitantes que devem ser alcançados pelo processo.

¹³⁰ Sobre a relação entre níveis de precisão e de aconselhamento profissional *ex ante*, ver Kaplow (KAPLOW, Louis. **The value of accuracy in adjudication: an economic analysis.** The Journal of Legal Studies, v. 23, n. 1, jan 1994, p. 312 e ss).

¹³¹ Sobre a relação entre níveis de precisão e a aversão ao risco, ver Kaplow (KAPLOW, Louis. **The value of accuracy in adjudication: an economic analysis.** The Journal of Legal Studies, v. 23, n. 1, jan 1994, p. 320). Aponte-se que partes com aversão ao risco tendem a encarar perdas não quantificadas como mais gravosas do que seriam as perdas quantificadas com mesmo valor, acrescendo-se à perda financeira a afetação do bem-estar. Ainda, dentre pessoas físicas, é provável encontrar mais aversão ao risco do que entre litigantes pessoas jurídicas. (Ver também GOULD, John. **The economics of legal conflicts.** The Journal of Legal Studies, v. 2, n. 2, p. 279-300. Chicago: The University of Chicago Press, 1973. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/724054>>. Acesso em 24 de junho de 2014.), cujo modelo examina como indivíduos com aversão ao risco envolvidos em conflito que terá resultado incerto para ambos podem obter utilidade eliminando a incerteza ao transacionar sobre o fim do litígio através de menos arriscada transferência de riqueza. Analisa, ainda, influências securitárias, probabilísticas, de preferência pelo risco e do custo social.

¹³² GREEN, Leslie. **Law and the role of a judge.** Legal Research Paper Series, Paper n. 47/2014. University of Oxford, set/2014. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=2495953>>. Acesso em 18 de junho de 2015.

¹³³ TWINING, William. **Rethinking Evidence: Exploratory Essays** (Law in Context). Jun 19, 2006, 2ª. Ed., Cambridge University Press: New York, 2006:76, p. 653-655 e 672

Cortes despendem volumosos recursos processando informações, com o objetivo de desvendar e analisar a legalidade de fatos jurídicos relevantes¹³⁴ às causas em apreciação, como também para apreender o sentido das normas e aplicá-las aos litígios, produzindo e avaliando provas.

O juiz é, por definição, terceiro neutro ao litígio. Essa posição de imparcialidade e independência, crucial para o funcionamento dos freios e contrapesos (*check and balances*¹³⁵) no sistema democrático, implica, dentre outros fatores, na equidistância do julgador relativamente às partes e ao litígio.

Desconhecendo pessoalmente os contornos do caso, o julgador deve acessar realidades do mundo para se tornar apto a aplicar a lei ao caso concreto, o que implica na conversão de informações privadas, detidas pelas partes, em públicas, via produção e validação de *provas* mediante *processo legal justo e democrático*. A jurisdição é o resultado de procedimento complexo, envolvendo a captação e o tratamento de uma miríade de informações, com base em regras democráticas prévias. Decisões judiciais encerram atos processuais no sentido de produzir e processar informações (provas) a fim de desvendar acontecimentos, eventos, ações; compreender-lhes o sentido moral, e supor intenções subjetivas subjacentes;

¹³⁴ Kaplow designa fato como "algo verdadeiro sobre o mundo", ao passo em que evidência é "algo que fornece prova de um fato" (KAPLOW, Louis. **Multistage Adjudication**. Discussion Paper nº. 732, setembro de 2012. Cambridge: Harvard Law Review. Disponível em <http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/Kaplow_732.pdf>. Acesso em 10 de maio de 2015.

¹³⁵ Landes e Posner propõem que a estabilidade das leis ao longo de legislaturas distintas, de interesse público, é propiciada, além dos custos de transação, pela independência do Poder Judiciário, cuja atuação não permitiria mudanças legais abruptas e oportunistas determinadas por interesses de grupos predominantes (LANDES, William; POSNER, Richard. **The independent judiciary in an interest-group perspective**. J. Law & Economics, n. 18, 1975, p. 875). Crain e Tollison (CRAIN, Mark W; TOLLISON, Robert D. **Constitutional change in an interest-group perspective**. Journal of Legal Studies, v. 8, 1979, p. 165-176.) reivindica ter comprovado a hipótese através estudos de alterações constitucionais em estados federados dos USA. Em sua concepção, o papel dos processos legislativos e do controle judicial de constitucionalidade se torna análogo ao papel das sanções legais por quebra de contratos privados, que impedem que legisladores futuros reneguem a legislação provocada por grupo de interesse anterior, aumentando sua durabilidade. Também, o princípio da independência judicial irá controlar a constitucionalidade de novas leis de especial interesse, sujeitando algumas delas à nulificação, tendendo a aplicar a legislação consolidada. No artigo de Landes e Posner fala-se do interesse em que arranjos legislativos sejam mais duráveis, mesmo que haja expectativas de que o judiciário não irá dar suporte a todos os "contratos" legislativos pretéritos. Os autores veem direitos constitucionais como formas especialmente duráveis de proteção para determinados interesse - já que o processo de emenda constitucional é mais 'caro', estando o direito pertencente a um grupo de interesse posicionado na constituição, será extremamente difícil seja repellido pelas legislaturas subsequentes. Tal posicionamento não seria, porém, mantido sem um judiciário independente para fazer o enforcement dessas regras constitucionais. Caso contrário, as provisões constitucionais seriam continuamente reinterpretadas conforme a preferência dos legisladores correntes, ou dos grupos de interesse atuais. Ainda, sobre a correlação positiva entre os fatores independência do Poder Judiciário e controle de constitucionalidade e as liberdades constitucionais, mencione-se estudo empírico formulado por LaPorta e outros (LAPORTA, Rafael [et al]. **Judicial Checks and Balances**. NBER Working Paper n. 9775, jun/2003), na tradição anglo-americana. Os autores criaram base de dados de regras constitucionais de 71 países, relacionando-as aos efeitos positivos e liberdade econômica.

considerar variáveis complexas ou contra-intuitivas, como o risco e a malícia; investigar o sentido de normas sociais, culturais, religiosas, práticas de mercado, que contextualizam os conflitos; estabelecer relações de causalidade e, eventualmente, monetizar prejuízos; apreender, face as peculiaridades concretas, o conteúdo normativo de *standards* ('ação imprudente', 'homem médio', 'boa-fé') e o sentido técnico da lei, resolvendo competições interpretativas; avaliar a proporcionalidade de consequências e a constitucionalidade de normas, proceder opção metodológica pela subsunção ou ponderação, no último caso estabelecendo relações de precedência segundo postulados como adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Ademais, ao assumir a existência de fatos - seja porque o julgador os acessou mediante instrução probatória, seja porque os assumiu dada a ausência de controvérsia instalada, a aplicação de pena de confesso¹³⁶ ou a decretação de revelia¹³⁷ - certo é que ainda assim *a adjudicação será fato-orientada*. Muitas vezes o litígio versa somente sobre matéria de direito, ou a matéria de fato é incontroversa. No entanto, de qualquer modo tais fatos - provados, incontrovertidos, fictamente confessos ou não contestados - serão incorporados na motivação decisória. Por isso a máxima *ex facto oritur ius* ('o direito nasce do fato'). A resolução de qualquer disputa sujeita a regra legal é baseada *naquilo que se acreditou ou presumiu como fatos do caso*. Desse modo, a informação, em juízo, receberá tratamento legal e resultará em um discurso com força propositiva, compondo o processo racional de motivação, através do qual a corte chegará às suas conclusões¹³⁸, buscando a um só tempo imunizar e legitimar o que foi decidido.

Observe-se, contudo, como refere *Posner*,¹³⁹ que "*à medida em que mais e mais provas são obtidas, o efeito da evidência adicional no resultado do caso tenderá a diminuir*", especialmente se a coleta de evidências iniciar por aquelas mais importantes e com maior teor probatório. Citando o modelo desenvolvido por *Martin Weizman*,¹⁴⁰ *Posner* sustenta que se a procura de evidências não é planejada antecipadamente, e se as provas são independentes umas

¹³⁶ Por exemplo, CPC, Art. 343, § 1º A parte será intimada pessoalmente, constando do mandado que se presumirão confessados os fatos contra ela alegados, caso não compareça ou, comparecendo, se recuse a depor.

¹³⁷ No cível, CPC, Art. 319. Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor."

¹³⁸ HO, H.L. **A philosophy of evidence law: justice in the search for truth**. Oxford monographs on criminal law and justice. New York: Oxford University Press, 2008, p. 1.

¹³⁹ POSNER, Richard. **An economic approach to the law of evidence**. John M. Olin Law & Economics Working Paper n. 66, Universidade de Chicago. Disponível em <<http://www.law.uchicago.edu/files/files/66.Posner.Evidence.pdf>>. Acesso em 2 de maio de 2015, p. 7.

¹⁴⁰ WEITZMAN, Martin. **Optimal search for the best alternative**. Mit Energy Laboratory Report, 1979. Disponível em <<http://dspace.mit.edu/bitstream/handle/1721.1/31303/MIT-EL-78-008-05532979.pdf?sequence=1>>. Acesso em 2 de maio de 2015.

das outras - vale dizer, a descoberta de uma não conduz à que se encontre outras - a procura contínua de provas pode conduzir a uma randômica coleta de amostras, e na medida em que a quantidade de informações aumenta, o valor de cada amostra adicional para a condução a um resultado mais acurado decresce.

Muito embora a captação e o tratamento de informações tenha papel de centralidade na atividade jurisdicional, nem sempre se mantém no horizonte de preocupações da teoria jurídica a constatação de que transformar informação privada em pública - vale dizer, produzir e avaliar provas em juízo - envolve vultoso custo social e privado, e que se está a lutar contra limitações inerentes à escassez de recursos e ao conflito de interesses constitucionais inconciliáveis.

As ciências econômicas, contrariamente, têm por objeto de estudo justamente as dificuldades envolvidas na superação do estado de *ignorância*, diante de custos intransponíveis e obstáculos materiais, tecnológicos e financeiros - como, para exemplificar, os imensos dispêndios que se interpõem na busca, em águas oceânicas profundas, pela *caixa preta* (*Cockpit Voice Recorder e Flight Data Recorder*) de um avião desaparecido, fonte de informações sobre a realidade desconhecida.

Tais dificuldades ganham ainda maior dramaticidade *no seio do devido processo legal*, onde a coleta de informações se qualifica pela necessidade de cumprimento de estreita ritualística e de garantias constitucionais, esbarrando em ainda maiores limitações e custos. Para ficar em apenas um exemplo, certamente o interesse coletivo em desvendar um ilícito penal, constitucionalmente representado pelo direito à segurança pública, irá, na prática, colidir com o direito individual à privacidade do autor do crime (e mesmo da vítima e de testemunhas), tendo o desenho das regras probatórias a missão de tutelar a privacidade individual o quanto possível, sem, porém, inviabilizar a efetividade da persecução penal e a tutela da segurança pública - o que ocorrerá se, normativamente, optar por solução que, na prática, torne impossível a revelação dos fatos. Qual o grau de liberdade individual a ser sacrificado em prol de ganhos em segurança pública é crucial decisão coletiva, que diz respeito, dentre outros aspectos, à coleta de informações pelo Poder Judiciário.

Cada vez que o juiz determina a produção de prova em determinado processo, implicitamente: a) estará, metaforicamente, ordenando despesa contra os cofres públicos, ou disponibilizando de recursos públicos, obtidos por força da atividade coativa tributária (*custos sociais* do litígio). Produzir provas e resolver disputas envolve o pagamento, pela sociedade, de instalações, insumos, equipamentos, salários e pensões de todas as repartições vinculadas a atividade judicial (polícia, procuradorias e defensorias públicas, agências reguladoras etc.).

Ainda, b) estará gerando *custos privados* para as partes, que irão despender tempo e recursos financeiros para recrutar testemunhas, acompanhar perícias, coletar evidências, obter aconselhamento profissional, aduzir argumentos, além enfrentar riscos e os de deixar de fruir de outras oportunidades. Mais do que isso, c) irá inevitavelmente tolher, em prol do interesse social, liberdades individuais - das partes, testemunhas e terceiros - na busca de revelação de informações, a implicar em custos de liberdade e legitimidade institucional, e d) provocará a ocupação da estrutura judicial escassa, em detrimento de outros litígios ajuizados.

Interessantemente, a tecnologia de difusão e processamento da informação nem sempre torna a apreensão de estados de mundo progressivamente mais facilitada, ou menos custosa.

Se dentre os primeiros registros de mecanismo de revelação se encontra a história bíblica do Rei Salomão, que obteve desvendar qual era a verdadeira mãe de uma criança ao ameaçar que compartilharia o seu corpo dentre as duas postulantes testando-lhes o amor abnegado,¹⁴¹ é certo que a história já percorreu o caminho, ao menos na seara penal, da revelação divina e da confissão sob tortura, estando, agora, a romper novas barreiras, seja por força da *mass surveillance*, seja pela criação do risco jurídico gerada pela intervenção judicial e pelos incentivos à fiscalização pela sociedade (*enforcement* privado), que promove a autodenúncia para fins de acordos de leniência.

Atualmente, o paradoxo reside em que se tenha, por um lado, maior disponibilidade de informações, sendo possível qualificar como revolucionárias as transformações que vêm ocorrendo na conversão de informação privada em pública, nomeadamente nas áreas social (redes sociais), corporativa,¹⁴² jornalística¹⁴³ (*surveillance*, ou *participatory panopticon*) e educacional (*massive open online courses* - *MOOCs*).¹⁴⁴

Por outro lado, a massificação de dados não garante a boa qualidade e fidedignidade da informação. Contrariamente, provoca ruídos e distrações que encarecem a seleção e a

¹⁴¹ BÍBLIA SAGRADA. Livro de Reis, capítulo 1, versículo 3. São Paulo: Ave Maria, 1998.

¹⁴² TRAUTMAN, Lawrence J.; MICHAELY, George P. **The SEC & the internet: regulating the eeb of deceit.** March 31, 2014. Consumer Finance Law Quarterly Report (Forthcoming). Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1951148>>. Acesso em 10 de maio de 2015.

¹⁴³ NEWELL, Bryce Clayton. **Crossing lenses: policing's new visibility and the role of 'smartphone journalism'** as a form of freedom-preserving reciprocal surveillance. Journal of Law, Technology and Policy 59, 2014. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=2376477>>. Acesso em 10 de maio de 2015.

¹⁴⁴ HO, Andrew Dean [et. Al]. **Harvardx and mitx: the first year of open online courses.** Fall 2012-Summer 2013. January 21, 2014. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=2381263>>. Acesso em 10 de maio de 2015.

triagem¹⁴⁵ e favorecem a divulgação de factoides, o fabrico de versões ou de prova¹⁴⁶s, a polarização¹⁴⁷ em grupos, e a difusão de teorias da conspiração.¹⁴⁸ Ainda, em que pese a maior exposição da privacidade, a tecnologia também caminha no sentido oposto, promovendo o anonimato de usuários de redes mundiais (*darknets*, Tor, *deep web*)¹⁴⁹ mediante plataformas que operam através de *peers* e criptografia e que, no momento, praticamente fulminam as possibilidades de que informações sobre fatos e identidades de perpetradores sejam obtidas a um custo minimamente razoável¹⁵⁰, como bem demonstra a investigação da *Silk Road*.

Longe de estarem reguladas, redes virtuais, com o auxílio de moedas virtuais (como *Bitcoins*),¹⁵¹ compõem um universo paralelo que seduz pelo anonimato, sendo que a regulação formal¹⁵² por vezes só faz tornar mais atrativo o ingresso nesse ambiente indevassável pelo poder coativo estatal.

É possível afirmar, portanto, que a produção de provas no processo judicial tropeça em limitações ou obstáculos impostos pela realidade de *escassez*, os quais devem ser levados em conta para nortear as opções normativas (legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais) que possam levar ao aperfeiçoamento do sistema, na procura de conciliar a análise positiva, do ser, com a normativa, do dever ser.

¹⁴⁵ BOYD, Danah; CRAWFORD, Kate. **Six Provocations for Big Data** 2011. In.: A decade in internet time: symposium on the dynamics of the internet and society. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1926431>>. Acesso em 10 de maio de 2015.

¹⁴⁶ Exemplo recente e notório ocorreu nas eleições presidenciais brasileiras de 2014, marcada pela guerra de informações difamatórias entre candidatos disseminada nas redes sociais, tornando extremamente difícil a distinção entre informação e ruído.

¹⁴⁷ SUNSTEIN, Cass R. **The law of group polarization**. John M. Olin Law & Economics Working Paper n. 91. Chicago: University of Chicago Law School, 1999. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=199668>>. Acesso em 10 de maio de 2015.

¹⁴⁸ SUNSTEIN, Cass R.; Vermeule, Adrian. **Conspiracy Theories**. Harvard Public Law Working Paper No. 08-03; U of Chicago, Public Law Working Paper No. 199; U of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper nº. 387. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1084585>>. Acesso em 10 de maio de 2015.

¹⁴⁹ TRAUTMAN, Lawrence J. **Virtual Currencies; Bitcoin & What Now after Liberty Reserve, Silk Road, and Mt. Gox?** Richmond Journal of Law and Technology, Vol. 20, nº. 4, 2014. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=2393537>>. Acesso em 10 de maio de 2015.

¹⁵⁰ Ver discussões a respeito da origem das provas obtidas pelo FBI, que instruíram o processo penal em face de Ross William Ulbricht, declarado pelo tribunal americano como detentor do avatar Dread Pirate Roberts, proprietário e administrador do comércio online de drogas Silk Road. Ver JEONG, Sarah. Inside The Silk Road Trial: U.S. v. Dread Pirate Roberts. Forbes, 14/1/2015, Disponível em <<http://www.forbes.com/silk-road-trial/>> Ver ainda o artigo científico ALDRIDGE, Judith; DÉCARY-HÉTU, David. **Not an 'Ebay for Drugs': The Cryptomarket 'Silk Road' as a Paradigm Shifting Criminal Innovation**. 2014. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=2436643>>. Acesso em 10 de maio de 2015.

¹⁵¹ Moedas virtuais empregadas em darknets aumentam o desafio para autoridades de cumprimento de leis pois transcendem fronteiras internacionais em fração de segundos, despertam problemas de conflito de jurisdição e geram anonimato por encriptação. Moedas virtuais vêm sendo vinculadas a inúmeros tipos de crimes em mercados negros de assassinatos, sabotagem empresarial, pornografia e abuso infantil, espionagem corporativa, moeda falsa, tráfico de drogas e armas, documentos falsos, investimentos especulativos de alto lucro (esquemas Ponzi e outras fraudes financeiras), exploração sexual, roubo de cartões de crédito e senhas - o que evidencia o poder paradoxal da tecnologia. (TRAUTMAN, Lawrence J. Op. Cit.)

¹⁵² No Brasil, Lei 12.965/ 23/4/2014, Marco Civil da Internet

Custos e constrangimentos que cercam a produção da prova em juízo impõem a reflexão consciente sobre as opções que a legislação formula no que respeita ao *grau ótimo de informações* que serão produzidas para cada série de casos, considerados os ganhos sociais do aumento de precisão na decisão judicial relativamente aos custos por ela consumidos.

Daí a centralidade do tema e a convicção de que a doutrina processual e a jurisprudência exerçam o ônus de justificar soluções não apenas sob o ponto de vista interno do sistema jurídico, mas também à luz da *teoria positiva*, considerados os percalços advindos da realidade (custos e limitações) naturais à obtenção, geralmente compulsória, de informações, e às ineficiências e colapsos que decisões individuais podem gerar no sistema legal e social.

3.2.2.2 Mecanismos jurídicos de revelação e direitos constitucionais contrapostos

Como já ressaltado, uma das principais funções de um sistema legal é decidir sobre fatos controvertidos, destacadamente passados. Ou seja, “*o juiz necessita realizar uma reconstrução histórica dos fatos*”.¹⁵³ Informação privada deve se tornar pública para que os Tribunais, com base nela, solucione litígios.

Como nem sempre ocorre o compartilhamento espontâneo da informação privada entre as partes litigantes, presentes, por vezes, fortes incentivos para a ocultação, a solução de disputas exige que a informação possa ser revelada coercitivamente à revelia das partes. Vale dizer, o ordenamento jurídico desenha mecanismos de revelação, o quanto mais infensos possível à ocultação ou manipulação oportunista - sem lograr de todo o intento, porém.

O poder de força estatal é exercido no sentido de extrair a verdade tanto das partes quanto das testemunhas, independentemente da vontade de ambas, estabelecendo, ainda, regras de alocação dos ônus probatórios – o ônus da prova é considerado um *sucedâneo processual da verdade*, podendo reduzir custos,¹⁵⁴ sendo, contudo, sujeito a manipulação oportunista pelas partes.

Em grande número de vezes será inevitável que direitos fundamentais de partes e testemunhas sejam *restringidos* em confronto com o interesse público de ver cumprida a regra da lei. Para tanto, o ordenamento jurídico novamente se posiciona entre feixes de interesses antagônicos, cabendo à sociedade decidir, marginalmente, em que proporção lhe convém

¹⁵³ BADARO, Gustavo H.R.I. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 17. (Neste artigo o autor compara o juiz ao historiador).

¹⁵⁴ BRUCE L. Hay; KATHRYN E. Spier. **Burdens of Proof in Civil Litigation: An Economic Perspective**, 26 J. Legal Stud. 413 (1997). Disponível em <<http://dash.harvard.edu/handle/1/12206463>>. Acesso em 15 de maio de 2015.

sacrificar a liberdade individual (direito a privacidade e intimidade, direito a não se pronunciar e de ser deixado sozinho) em prol dos interesses sociais. Mais especificamente, busca-se reunir características por vezes antagônicas, quais sejam a da fidedignidade e do processo justo.

Para citar um exemplo, diversos requisitos são exigidos por lei para que se decrete a interceptação telefônica, de forma controlada, com vistas à proteção do direito constitucional à privacidade do alvo, de seus interlocutores e de terceiros, demonstrando que não se busca tão somente a descoberta de fatos e a fidedignidade da informação, como, também, que tal descoberta seja obtida por procedimento justo e minimamente invasivo. Atende-se a finalidade do procedimento - revelação de boa informação - com o mínimo de lesão aos valores constitucionais contrapostos, valendo-se dos meios suficientes e necessários.

Não se perca de vista o núcleo do problema em jogo: a superação da assimetria informativa demanda esforços custosos à sociedade, nem sempre passíveis de sucesso, sendo, contudo, essencial para que funções vitais ao Estado sejam exercidas. Com isso, tais normas processuais constroem mecanismos de revelação, que irão garantir fidedignidade e validade à captação da informação privada.¹⁵⁵

3.2.2.3. Efeitos judiciais da informação imperfeita

A) A incompetência Judicial

A impossibilidade de resultados judiciais precisos pode estar relacionada à absoluta impossibilidade da corte de obter revelação essencial ou de valorar adequadamente os elementos da relação jurídica em apreço, em um sistema que exige a tomada de decisão através da proibição do *non liquet*¹⁵⁶ (*non liquet* é traduzível por *não está claro*).

Em casos extremos de impossibilidade de observação ou de revelação, a deficiência informativa do adjudicador, além de comprometer a precisão na adjudicação, gera efeitos indesejados que se espalham nas relações de direito material, tendo em vista que partes podem anteciper essa impossibilidade das cortes.

Adotando o exemplo dos contratos, poderão conter informações observáveis pela parte contrária, mas que não são verificáveis (contratos implícitos, ou auto-executáveis) pelos

¹⁵⁵ A discussão específica e detalhada das regras de produção de provas no direito brasileiro é objeto do presente trabalho.

¹⁵⁶ Embora seja possível imaginar a presença de *non liquet* material, a ocorrer quando o adjudicador, por visualizar sua incompetência, delibera, v.g., por extinguir o processo em nome de obstáculos processuais. Segundo o art. 126, do CPC, “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei.

tribunais, eficientes apenas quando as partes estiverem em cooperação (em decorrência, digamos, de sanções reputacionais). O instrumento contratual contará com cláusulas não verificáveis, a propiciar tentativas de manipular limites cognitivos ou racionais do julgador.¹⁵⁷ Considerações estratégicas que predominem na bilateralidade contratual se estendem à fase litigiosa, esperável na relação com o julgador o risco moral, dissimulação de atividade básica e omissões seletivas.¹⁵⁸

A assimetria informativa, agregada ou não à manipulação das regras de ônus da prova, pode dar margem à exploração estratégica, mediante a revelação não sincera de preferências dirigidas à manipulação do julgador, a interferir na adjudicação, explorando a inverificabilidade.

Deste modo, o grau de precisão judicial tem efeitos, também, no íntimo das relações jurídicas negociais, com o foco voltado ao modo como indivíduos em relação reagem à possibilidade do erro em eventual adjudicação, ou à incompetência judicial - até o extremo, se presente a penumbra de inobservabilidade¹⁵⁹ (natural ou induzida), da inoperância judicial e da reativa dispensa da adjudicação pelos contratantes (tentativa de superação do apoio jurídico).¹⁶⁰

A incompetência judicial refere-se ao limites naturais à apreensão de estados de mundo pelo terceiro que deverá solver o litígio, dado o '*véu da inverificabilidade*', por razões como custo proibitivo, ocultação, impossibilidade de revelação ou pela complexidade de realidades que demandam conhecimento técnico-pericial, caso em que poderão surgir problemas do tipo principal-agente. Devido à impossibilidade de efetivamente acessar as variáveis relevantes da relação em apreço, a corte, por zelosa e capacitada que seja, frustra a expectativa da parte, ou sobrebeneficia determinado litigante.

Para fins ilustrativos, o exemplo do contrato prossegue particularmente expressivo - visto um dos objetivos principais do contrato como o de estruturar condições de acesso de um terceiro de modo a dirimir litígios, disciplinar a relação e incentivar a colaboração, ou seja, adotar a solução de autoridade como sucedânea à falta de colaboração otimizadora¹⁶¹ - em especial o das relações contratuais incompletas ou relacionais, em que relações obrigacionais sedimentam-se de forma protraída ou repetida antes de surgirem em uma ocasião única.¹⁶² O

¹⁵⁷ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 668

¹⁵⁸ Ibidem, p. 669.

¹⁵⁹ Ibidem, p. 920.

¹⁶⁰ Ibidem, p. 414.

¹⁶¹ Ibidem, p. 667

¹⁶² Ibidem, p. 418. Muito embora a duração não seja elemento identificador, por si só, podendo haver contratos duradouros não relacionais, como de arrendamento de longa duração, ou relacionais de curto prazo, como o celebrado para decoração de uma sala ou confecção de um vestido de noiva, sendo preferível identificar se há uma associação entre as partes.

sistema judicial apresentará variados graus de competência, até a incompetência, na medida em que as cortes detenham maior ou menor habilidade para verificar informações relevantes e eficientemente preencher as lacunas deixadas pelos contratantes.¹⁶³

A dúvida se o adjudicador irá alocar “*eficientemente o risco entra em linha de conta entre as partes, afetando-lhes o comportamento, ante a possibilidade do contratante agir de forma oportunista para ser sobrebeneficiando pela incompetência judicial*”.¹⁶⁴ As chances de que o terceiro imparcial, que irá intervir em caso de impossibilidade de entendimento entre as partes, não possa desvendar a realidade e determinar a correta regra para o caso, tende a repercutir no mundo jurídico, provocando comportamento adaptativo ou oportunista dos envolvidos, derivado do conhecimento prévio dos limites reais do sistema judicial, gerando custos de transação relacionados à prevenção, revelação, negociação ou renegociação e talvez a busca de fuga da adjudicação judicial, “subentendida a ideia de que o contrato é capaz de emancipar-se da ordem jurídica e constituir um ‘orbe autônomo’, ainda que à sombra de uma tutela ociosa e remota da ordem jurídica”.¹⁶⁵

De outra parte, o sistema legal deve dissuadir atividades ilícitas e incentivar a precaução das nocivas sem, contudo, causar impacto negativo sobre as atividades lícitas, geradoras de riqueza e bem estar social. Porém, como salienta Araújo, “*um padrão errático de decisões judiciais acarretará necessariamente, além de outros efeitos, um excesso (improdutivo) de precaução das partes*”.¹⁶⁶

No âmbito da responsabilidade civil, a incompetência judicial pode gerar aumento desnecessário de precaução dos exercentes de atividade, com dispersão de recursos e inibição da atividades lícitas, “*motivados pela desconfiança que os envolvidos têm em relação à competência do tribunal para aferir o que é diligência e negligência*”¹⁶⁷, ou o temor de que a corte mal interprete, *ex post factum*, os conceitos de negligência, lembrando-se que a sofisticação e as exigências da tradicional responsabilidade civil são bastante dependentes da verificabilidade.

Em resumo, a assimetria informativa pode ser de tal modo radical que, no limite da inverificabilidade, implique na *incompetência judicial*, ocasionando resultados judiciais imprecisos, aleatórios ou errôneos - falsos positivos ou negativos. A margem de imprecisão

¹⁶³ HADFIELD, Gilian K. Judicial Competence and the Interpretation of Incomplete Contracts. The Journal of Legal Studies, v. 23, n. 1, p. 159-184, Jan/1994, p. 160.

¹⁶⁴ ARAÚJO, Fernando. ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 415

¹⁶⁵ Ibidem, p. 415.

¹⁶⁶ Ibidem, p. 119-120, (ver nota 555).

¹⁶⁷ Ibidem, 856.

judicial será antecipada pelos indivíduos, modificando seus comportamentos, por vezes de forma oportunista. O problema não será sanado pela aplicação das normas legais de alocação dos riscos de erro no processo, restando margem de ação oportunista pelas partes, que irão manipular tais regras em seu benefício, incorporando-as em suas estratégias.

B) O problema da informação excessiva

Por vezes, excesso de precisão pode se tornar ineficiente, redundando em desperdício de recursos sem a correspondentes benefícios sociais, ante a demasia de informações ou de diferenciação, como ocorreu com os mapas excessivamente pormenorizados das ficções de Borges¹⁶⁸, que não guiavam a lugar algum:

En aquel Imperio, el Arte de la Cartografía logró tal Perfección que el mapa de una sola Provincia ocupaba toda una Ciudad, y el mapa del Imperio, toda una Provincia. Con el tiempo, esos Mapas Desmesurados no satisficieron y los Colegios de Cartógrafos levantaron un Mapa del Imperio y coincidía puntualmente con él. Menos Adictas al Estudio de la Cartografía, las Generaciones Siguientes entendieron que ese dilatado Mapa era Inútil y no sin Impiedad lo entregaron a las Inclemencias del Sol y de los Inviernos. En os desiertos del Oeste perduran despedazadas Ruinas del Mapa, habitadas por Animales y por Mendigos; en todo el País no hay otra reliquia de las Disciplinas Geográficas¹⁶⁹.

A sobrecarga de informações¹⁷⁰ no mundo real é realidade inafastável. Atualmente pessoas consomem cinco vezes mais informações todos os dias, em média, do que em 1985, e o acréscimo equivale a ler 175 jornais, de capa a capa. No nosso tempo de lazer processamos 34 Gigabytes (ou 100.000 palavras) de informação, em média, por pessoa, desconsiderado o tempo de trabalho. Vivemos em um mundo com 3.000 Hexabytes de informação produzida pelo homem (300.000.000.000.000.000.000, ou 3.000 seguidos de 18 zeros). A cada hora são carregadas 6,000 horas de vídeos no YouTube.

Em 1976, a média de itens à venda em um supermercado era de 9.000, ao passo em que, atualmente, lá estão 40.000 itens. Uma pessoa, em média, irá atender cerca de 85% de suas necessidades através da aquisição de 150 diferentes itens. O que significa que a cada compra o consumidor deve julgar e ignorar 39.850 itens ao completar seu carrinho.

¹⁶⁸ BORGES, Jorge Luís. **História Universal da Infâmia**. São Paulo: Globo, 1999. Disponível em <<https://direitasja.files.wordpress.com/2012/04/historia-universal-da-infamia.pdf>>. Acesso em 18 de maio de 2015.

¹⁶⁹ SUÁREZ Miranda. **Viajes de varones prudentes**. Libro Cuarto, cap XLV, Lérida, 1658.

¹⁷⁰ LEVITIN, Daniel J. **The Organized Mind: Thinking Straight in the Age of Information Overload**. New York: Dutton, 2014.

A necessidade de processar uma quantidade avassaladora de informações, não somente no mundo real, mas que tem o potencial de invadir o ambiente forense e processual, além de favorecer o erro e gerar exaustão mental às partes e aos julgadores (e, nessa dimensão, se apresentar como custo do litígio), pode levar à confusão e à falta de sentido.

Ainda, obriga a uma sobre-vigilância, para que se evite a dispersão de recursos públicos e privados com a produção de provas caras, inúteis e procrastinatórias. Não é infrequente determinar-se dilação probatória desnecessária, por vezes com a designação de dispendiosas perícias, quando a matéria é exclusivamente de direito ou demanda apenas apreciação de prova documental. O julgador deve confrontar uma quantidade esmagadora de informações existentes em contratos, relatórios, demonstrativos, extratos bancários, livros contábeis, tabelas de índices inflacionários, croquis de acidentes. A análise dessas informações, para o que releva à causa, pode, a rigor, dispensar a intervenção de peritos. Contudo, muitas vezes ainda assim é determinada a realização de provas periciais - que por vezes indevidamente ampliam ainda mais os pontos litigiosos.

Podem colaborar para a produção de provas despiciendas o erro no saneamento do processo, quando não são confrontados os fatos controversos resultantes da síntese petítória (petição inicial e contestação); ou quando não é bem aferida a compatibilidade entre a natureza da prova e o fato a ser demonstrado - aqui compreendida a possibilidade da prova testemunhal ou pericial ser substituída pela documental ou pela consulta às normas técnicas. Presente a possibilidade do próprio juiz, atento e dedicado à condução célere dos processos que preside, visando a efetividade e higidez processuais, decidir pela produção de provas requeridas que reconhece descabidas, no objetivo de salvaguardar o processo de futura declaração de nulidade em segundo grau de jurisdição.

No processo, a coleta e processamento de informações excessivas pode conduzir a ineficiência. Segundo *Cooter e Rubinfeld*

“(...) questão normativa central nas discussões sobre procedimento legal é o equilíbrio entre o custo de informações adicionais relativamente ao benefício de redução de erros judiciais. Há razão para se perguntar se litigantes valorizam regras processuais complexas projetadas para produzir precisão tanto quanto o fazem as cortes.”¹⁷¹

¹⁷¹ COOTER, Robert D.; RUBINFELD, Daniel L. **Economic Analysis of the Legal Disputs and Their Resolution**. Journal of Economic Literatures. Vol. 27, n° 3, 1989, p. 1067-1097.

*Rosen*¹⁷² assevera que a crescente utilização de advogados internos nas corporações objetiva, em grande parte, reduzir gastos improdutivos para obtenção de excelente grau de precisão, já que, como propõe *Rhode*,¹⁷³ a cobrança de honorários de advogados pode constituir incentivos para superinvestimento em precisão.

Como sustenta *Vermeule*,¹⁷⁴ nem sempre mais informação produz decisões mais acuradas. Regras legais, como as que restringem a admissibilidade de provas escabrosas (*lurid*) ou prejudiciais (*prejudicial evidence*) em julgamentos pelo tribunal do júri no direito norte americano, repousam na premissa de que certos tipos de informação são particularmente distorcidas, inflamatórias ou onerosas se consideradas por um adjudicador com limitada capacidade de absorver e avaliar a informação.

Logo, compreenda-se que nem todo o investimento em informação irá implicar em acréscimo de precisão à prestação jurisdicional, podendo dar-se o oposto. Informações excessivas ou impróprias podem não só deixar de aumentar precisão da decisão, como podem também reduzi-la, relativamente a uma decisão tomada sem a informação distorcida.

3.3 A lei como determinante do grau de precisão

Explorar o tema proposto exige a comprovação de que a legislação disciplina o grau de precisão na decisão judicial e o erro judicial, identificando alguns dos dispositivos legais dedicados a este objetivo, em enumeração não taxativa. A admissão de que a decisão possa ser comprovadamente imprecisa, vale dizer, a admissão da ocorrência do erro judicial, é reconhecida pelo Direito. A Constituição Federal determina a *indenização por erro judicial*,¹⁷⁵

¹⁷² McG. BUNDY, Stephen. **Valuing Accuracy - Filling out the Framework**: Comment on Kaplow. The Journal of Legal Studies, v. 23, n. 1, jan/1994, p. 411

¹⁷³ Ibidem, p. 411.

¹⁷⁴ VERMEULE, Adrian. **Judging under Uncertainty**. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 108. (Ressalte-se que o autor combate o intencionalismo, que apregoa que o recurso à história legislativa aperfeiçoa a precisão judicial. Sustenta que a história legislativa pode interagir com as limitações do processo de adjudicação de maneira a reduzir a precisão judicial na apreensão do sentido da lei).

¹⁷⁵ CF, art. 5, LXXV: o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.

a legislação ordinária admite a revisão criminal em favor de réu condenado,¹⁷⁶ a qualquer tempo, ou a ação rescisória no cível,¹⁷⁷ pelo prazo de dois anos após o trânsito em julgado.¹⁷⁸

Estabelece a lei, portanto, dentre outras hipóteses, que a sentença que se baseou em *documento falso* é radicalmente *imprecisa*. A informação em que a lastreou não era de boa qualidade, senão ruído, e o juiz não logrou superar a assimetria informativa para endereçar resposta jurídica eficiente. O surgimento de melhor informação, com a aptidão de infirmar prova que anteriormente foi considerada válida, tem comprovação estatística, e pode se tornar comum devido a fatores como desenvolvimento tecnológico, que promove medições mais acertadas.

Nesse sentido, o “*Innocence Project*”¹⁷⁹, (Projeto Inocência), programa da *Benjamin N. Cardozo School of Law*, Yeshiva University, Nova Iorque, promove revisões criminais em benefício de condenados pelo sistema judiciário norte-americano, previamente selecionados, buscando reparar erros judiciais. Novas informações são fornecidas aos Tribunais, consistentes em resultados de testes de Ácido Desoxirribonucleico (DNA), quando as evidências para exames comparativos ainda estiverem fisicamente arquivadas com os processos.

Por ora obteve-se a absolvição de 316 pessoas erroneamente apenadas, em sua maioria afro-americanos (198). As principais causas que conduziram a estas condenações imprecisas (erro tipo II - falso positivo) foram erro de identificação por testemunhas oculares (73%), erro pericial (49%) e falsa confissão ou alegações autoincriminadoras (27%). Interessante recordar que um destes casos foi retratado no filme *Conviction*.¹⁸⁰

A lei supõe não somente a possibilidade de identificar erros, como de dosar investimentos em obtenção e processamento de informações, com o fito de assegurar graus

¹⁷⁶ O CPP estabelece no art. 621. A revisão dos processos findos será admitida: I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

¹⁷⁷ O CPC determina no art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória; VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável; (...) IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa; § 1º Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.

¹⁷⁸ A propósito, a ampla diferenciação entre estes prazos, para rescisão de acórdãos cíveis e criminais, igualmente remete à opção do ordenamento jurídico no que respeita ao grau de precisão da jurisdição, desejado com maior intensidade na seara criminal, dada a relevância dos direitos em questão - liberdade e reputação (*status dignitatis*).

¹⁷⁹ Detalhes sobre este projeto se encontra no sítio da organização não governamental. INNOCENCE PROJECT. **About us**. Disponível em <<http://www.innocenceproject.org/about/>>. Acesso em 13/6/2014.

¹⁸⁰ CONVICTION. Fox Searchlight Pictures, USA, 2010, DVD, 106 min

mínimos de precisão, reduzindo a ocorrência de erro. Isto comprova o argumento já aduzido, de que independentemente da pertinência de avaliar a *qualidade* de um sistema de adjudicação, ou de *'julgar' o juiz*, tem-se por indiscutível a possibilidade de jogar luz sobre a relação entre jurisdição, informação e erro.

Para balancear a equação entre custos e vantagens sociais do acréscimo de precisão, a legislação, ainda que implicitamente, não se furta de tomar decisões sobre o grau de precisão com que irão os tribunais operar em cada série de situações, a depender da relevância do interesse em causa. Estas opções legais imprimem maior racionalidade ao sistema, que deve ser alocado *desigualmente* entre litigantes, conforme a importância do interesse em discussão.

Ilustrativamente, está claro que o ordenamento jurídico determina a utilização *menos* intensiva dos serviços públicos judiciários por litigantes de causas simplificadas, antes denominadas “*pequenas causas*”¹⁸¹, previstas inclusive na Constituição Federal. Muito embora, todos os cidadãos, por força de mandamento constitucional, tenham o direito de acesso a um Poder Judiciário socialmente subsidiado, normativamente a *parcela* da estrutura pública que lhes será dedicada corresponderá às exigências da grandeza da causa.

Não sendo possível, eficiente ou sequer racional que o processo judicial esgote a si próprio nos esforços de apreensão de estados de mundo. Tais exemplos permitem constar que um dos critérios legais de distribuição do serviço público é o da importância do bem jurídico em questão, como o direito patrimonial de pequeno valor ou penalidades brandas *versus* o direito à liberdade.¹⁸²

Neste recorte é que se percebe, de forma privilegiada, a vinculação entre direito processual e material, pois o rito processual será determinado conforme o direito substancial em jogo. Essa vinculação entre a ritualística e o relevo do direito substancial em julgamento reforça a afirmação de que houve uma escolha legal, orientada pelo volume de informações que poderá ser carreado aos autos de forma eficiente, mantida congruência entre a importância do

¹⁸¹ A revogada Lei 7.244, de 7/11/84, dispunha sobre a criação e o funcionamento dos Juizados Especiais de Pequenas Causas, assim entendidas “as causas de reduzido valor econômico” (art. 1.), assim consideradas as que versassem sobre direitos patrimoniais decorrentes de pedidos que, à data do ajuizamento, não excedessem a 20 (vinte) salários mínimos, desde que tivessem por objeto a condenação em dinheiro, a entrega de coisa certa móvel ou ao cumprimento de obrigação de fazer a cargo de fabricante ou fornecedor de bens e serviços para consumo, ou, por último, a desconstituição e a declaração de nulidade de contrato relativo a coisas móveis ou semoventes (art. 3).

¹⁸² Não somente a liberdade do acusado, mas de todos os potenciais acusados; e não somente o direito de liberdade em si contemplado, em benefício do apegando, mas a dissuasão de comportamentos ilícitos que irá ocorrer, em benefício social, no caso de sua supressão, se for acertadamente condenado o culpado - efeitos preventivos da pena.

que está em causa e a preservação do sistema judicial para outras demandas, imprimindo alguma racionalidade na distribuição do subsídio estatal aos litigantes.

Ao apontar tais variáveis, espera-se ampliar a compreensão do sentido e da coerência de escolhas legais, orientar decisões interpretativas e balizar reformas futuras,¹⁸³ no que se refere aos custos, vantagens e circunstâncias relativas ao grau de precisão com que irá operar o sistema judicial, enfatizando o *trade off* entre precisão e suas naturais restrições, em um mundo real no qual não estão disponíveis alternativas perfeitas e gratuitas.

3.3.1 Regras Processuais

Os ritos legais são talhados para regradar o fluxo de informações na quantidade adequada ao relevo jurídico das disputas em litígio, assim como o alcance do debate que se estabelecerá sobre as provas e sobre o direito, tendo em conta que quanto mais elaborado o procedimento, maior o seu custo social.¹⁸⁴ É estabelecida a correlação entre a importância do litígio, combinada, por vezes, com a ligeireza com que se pretende seja ele resolvido, e a estatura do direito em contenda. Levando em consideração que a composição dos tribunais atende também as mesmas finalidades.

Neste ponto, dois exemplos falam por si, sendo possível comparar o processamento das causas singelas com o dos crimes apensados com pena máxima superior a 4 anos de reclusão. Em relação ao primeiro, a Constituição Federal determina a criação de

(...) juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.¹⁸⁵

¹⁸³ a importância da interdisciplinaridade, principalmente da economia, para a legística, ciência que estuda a concepção e a redação dos atos normativos, visando "... uma análise dos 3 "e"s: efetividade (ou validade), eficácia e eficiência. Ou seja, visa, respectivamente, testar os reais efeitos da legislação em relação à observância e implementação (efetividade ou validade), ao grau de realização dos objetivos (eficácia) e ao custo/benefício envolvido (eficiência)." (p.81) - avaliação que não pretende substituir a decisão política (CRISTAS, Assunção. **Legística ou a Arte de Bem Fazer Leis** Revista CEJ, n. 33, Brasília, p.78-82, abr./jun.2006, disponível em <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/717/897>> Acesso em 15/6/2014.

¹⁸⁴ Kaplow pressupõe que seja possível a concepção de procedimentos que simultaneamente tenham menor custo e levem à maior acurácia. (KAPLOW, Louis. **The value of accuracy in adjudication: an economic analysis**. The Journal of Legal Studies, v. 23, n. 1, jan 1994).

¹⁸⁵ CF, art. 98, I. Do mesmo modo, prevê, em seu inciso II, a criação da "justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação", estabelecendo estrutura de processamento de informações adequada ao estabelecimento da relação estatutária matrimonial.

As matérias consideradas pelo ordenamento jurídico como singelas, a receber menor precisão, podem ser aferidas pela leitura da lei que disciplina os Juizados Especiais¹⁸⁶. Decorrem de pedidos que não excedam 40 (quarenta) salários mínimos, inclusive possessórias sobre imóveis, ou tenham por objeto determinadas matérias, como a ação de despejo para uso próprio, arrendamento ou parceria agrícola, cobrança de condomínio, ressarcimento por danos causados em acidente de veículos, cobrança de seguros ou de honorários, revogação de doação, estas últimas previstas no art. 275, II, do CPC¹⁸⁷.

Note-se que a legislação define quais seriam as causas simples, referindo-se o adjetivo à singeleza da *prova*, e não ao nível de indagação jurídica, conforme a expressividade do bem jurídico em litígio, mediante utilização de critério quantitativo (valor da causa não excedente a 40 salários mínimos), qualitativo (hipóteses enumeradas, como indenização por danos causados em acidentes de veículos) e misto (ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente a 40 salários mínimos).

É fácil compreender que a arquitetura legal do rito que instrumentaliza o julgamento dessas causas de menor complexidade, submetidas ao Juizado Especial, é mais barato e supõe menores esforços tendentes à exatidão relativamente ao procedimento comum ordinário que apura, v.g., crime sancionado com pena máxima superior a 4 anos de reclusão.¹⁸⁸

No primeiro, não só etapas processuais serão suprimidas, como o número de testemunhas será reduzido, vedada a produção de provas complexas. Contrariamente, para apuração de delitos graves, o procedimento codificado favorece maior precisão, facilitando o fluxo de informações, permitindo a produção de provas complexas e a ampla argumentação das partes, quiçá mediante a de órgãos jurisdicionais colegiados, como Tribunal do Júri, a um custo social significativamente mais elevado.

De fato, adentrando no segundo exemplo, a ritualística para apuração de infrações penais é determinada pelo CPP segundo a gravidade do crime e da pena, sendo o procedimento tanto mais custoso quanto mais o sacrifício ao bem jurídico da liberdade possa advir do processo. O ordenamento jurídico estabelece que maiores custos possam ser realizados progressivamente para apuração de fatos – do procedimento sumaríssimo, que permite menor

¹⁸⁶ Lei 9.099/96, art. 3º

¹⁸⁷ a) de arrendamento rural e de parceria agrícola; b) de cobrança ao condômino de quaisquer quantias devidas ao condomínio; c) de ressarcimento por danos em prédio urbano ou rústico; d) de ressarcimento por danos causados em acidente de veículo de via terrestre; e) de cobrança de seguro, relativamente aos danos causados em acidente de veículo, ressalvados os casos de processo de execução; f) de cobrança de honorários dos profissionais liberais, ressalvado o disposto em legislação especial; g) que versem sobre revogação de doação.

¹⁸⁸ CPP, Art. 394. par. 1º, I.

fluxo de provas na apuração de infrações de menor potencial ofensivo, ao rito ordinário, já mencionado.¹⁸⁹

Portanto, procedimentos vinculam o grau de precisão à expressividade dos interesses em conflito e à complexidade da causa, estabelecendo-se a melhor relação com o custo social. Para indenizações materiais, a relevância da qualidade da prestação jurisdicional é proporcional ao montante em disputa. Em casos criminais, à severidade da sanção, nos sistemas que preveem pena capital demandando altíssimo investimento,¹⁹⁰ preferindo-se processos ordinários cercados de garantias constitucionais e decididos mediante plena motivação, por tribunais colegiados.

Alguma controvérsia jurisprudencial gira em torno da possibilidade de produção de prova pericial (opostamente ao simplificado *exame pericial*, previsto pelo art. 35) nos Juizados Especiais Estaduais, que a jurisprudência permite sob o argumento de promover acessibilidade ao Poder Judiciário. A solução parece desconsiderar o desenho enxuto que a lei atribuiu aos processos que concorrem por atenção do Juízo e a relação entre otimização processual (redução de custos) e busca de julgamento suficientemente qualitativo.

Causas complexas exigem maior esforço para julgamento relativamente às causas singelas, e com elas competem no seio do sistema dos juizados. Sob o ponto de vista da ação individualmente considerada, talvez, o trâmite no Juizado Especial promova maior acesso à jurisdição. Do ponto de vista do conjunto dos demais *pequenos* litigantes, todavia, ocorre o oposto, já que a rivalidade de uso poderá conduzir ao congestionamento e inviabilidade dos juizados especiais como determinados constitucionalmente.

Se autorizada uma metáfora, seria como se em uma pista rodoviária expressa, concebida para tráfego de automóveis rápidos, fosse autorizado o trânsito de veículos pesados e lentos: o congestionamento daí resultante prejudicaria os demais usuários, perdendo sentido a própria existência da via especial. É possível dizer que a admissão de causas de ampla complexidade em um sistema concebido para adjudicação de litígios com reduzida exigência em precisão não é Pareto-eficiente: para que alguém resulte em uma situação melhor faz-se necessário agravar a posição dos demais - ao passo em que, opostamente, o objetivo seria promover a melhora de ao menos um, sem que disso resultasse em piora para os outros. A

¹⁸⁹ Art. 394, § 1º O procedimento comum será ordinário, sumário ou sumaríssimo: I - ordinário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada for igual ou superior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade; II - sumário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada seja inferior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade; III - sumaríssimo, para as infrações penais de menor potencial ofensivo, na forma da lei.

¹⁹⁰ McG. BUNDY, Stephen. **Valuing Accuracy - Filling out the Framework**: Comment on Kaplow. *The Journal of Legal Studies*, v. 23, n. 1, jan/1994, p. 412.

questão ilustra, também, como soluções podem se alterar radicalmente se se tiver em mente custos e se o ponto de vista for externo ao do litígio privado.

Aproveitando o exemplo, comente-se que a inserção, dentre as matérias afetas ao Juizado Especial, da ação de despejo para uso próprio (art. 3º, III, da Lei nº 9.099/95), ao garantir aos locatários apoio coativo estatal de forma rápida e com baixo custo, tem o efeito social de reduzir o risco contratual do locador quando facilita a retomada do bem em caso de necessidade própria ou familiar. Este estatuto jurídico favorável, em verdade, beneficia ambas as posições: a de inquilino e a de locador, e, quando adequadamente tutelado pelo judiciário, torna-se elemento relevante na decisão de contratar, incentivando que proprietários entreguem seus imóveis ao mercado, colaborando, assim, para assegurar a manutenção da oferta.

O equilíbrio entre oferta e procura, por sua vez, favorece a redução do valor do aluguel (comparativamente a situação de menor oferta). Os proprietários contarão com um estatuto jurídico próprio, com reduzido esforço para que se chegue ao nível suficiente de precisão,¹⁹¹ se abstendo de precificar tais riscos. A conjugação, dentre outros benefícios, entre a disponibilização de cláusulas supletivas e *enforcement* rápido e a baixo custo estimulam que mais contratos de locação sejam firmados, promovendo o direito à moradia, mantendo em equilíbrio o valor do aluguel e aumentando o benefício social. Se o Juizado Especial, contudo, não cumprir a promessa legal de apreciar acurada e celeremente a resolução contratual, neutralizam-se ou tornam-se negativos os incentivos (afetando o próprio direito à moradia).

Independentemente dos valores em questão, a *porção* da matéria controversa igualmente pode determinar a medida do esforço da corte para a adjudicação informada, constituindo exemplo a Lei do Mandado de Segurança¹⁹². Cujo procedimento prevê a supressão da contestação (substituída por informações da autoridade impetrada) e *de etapa probatória*, propicia nível ótimo de precisão na adjudicação, considerada a relação custo-benefício, para as hipóteses previstas, ou seja, quando não houver controvérsia fática e a dúvida pender tão somente sobre o acerto da aplicação da lei ao fato incontestado perpetrado por autoridade pública ou delegada. Neste procedimento não há fase instrutória.

¹⁹¹ Em o fazendo, o direito provê ao contrato de locação, também, sistema de apoio instrumental que fomenta a contratação, reduzindo os custos de negociação e estipulação de cláusulas. Nos dizeres de Araújo (ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 535 ss), figurinos das partes, auxiliam a erradicar preferências idiossincráticas, promovem vantagens negociais ao maximizar a utilidade contratual, formam grau de abstração clarificador e pedagógico, habituando o mercado a maior precisão terminológica, uniformidade e concentração nos pontos essenciais e evitando a pulverização em micro-regulações excessivamente específicas ou privilegiando a formação de um quadro comum de referência (*common frame of reference*).

¹⁹² Lei 12.016/09, de 7/8/2009.

Por outro lado, o art. 285-A do Código de Processo Civil¹⁹³ considera ainda outro fator, relacionado à causa, que determina o grau de precisão (e também de celeridade), nas decisões judiciais. Para conflitos envolvendo idêntico impasse sobre aplicação da lei é largamente suprimida a tramitação em primeira instância, contando o requerente, vencido, com a possibilidade de uma vez prolatada a decisão de improcedência, demonstrar ao julgador eventual erro na identificação do conflito ou agregar argumentos não trilhados anteriormente e apresentar recurso.

O grau de precisão judicial estará quase que inteiramente voltado à adequação da hipótese concreta à tese jurídica anteriormente resolvida, sendo desnecessário, para a decisão qualificada, que o juízo processe informações fatuais ou se debruce sobre as ocorrências particulares ao caso em apreço. Observe-se, no ponto, como o legislador resolveu o conflito entre o princípio constitucional do devido processo legal e os da eficiência e da duração razoável do processo, em alguma medida favorecendo estes últimos, o que despertou a manifestação do STF, favorável a constitucionalidade do dispositivo.¹⁹⁴

Ainda outra sutileza vinculada à importância do bem jurídico e o nível desejado de informação consiste no ônus probatório. Para o sucesso de uma demanda cível o nível probatório exigível é *inferior* ao imposto para as condenações criminais, tendo a presunção de inocência maior peso do que o ônus probatório do qual deve se encarregar o autor de demanda cível. Nos Estados Unidos se exige um alto padrão de provas, “*além de uma dúvida razoável*” (*beyond a reasonable doubt*), em um caso criminal.

Ao passo em que, para casos civis, vale a “*preponderância da evidência*” (*preponderance of evidence*). Assim, no juízo cível o requerente deve provar, v.g., que o requerido tem mais de 50% (cinquenta por cento) de chance de ter atuado negligentemente quando causou o dano, e o requerido nada necessita comprovar, se o requerente não cumprir seu ônus da prova. Nos casos criminais, por outro lado, o acusador deve trazer evidências que levem *um homem razoável* (*a reasonable man*) a acreditar que o acusado cometeu o delito acima de qualquer dúvida aceitável, exigindo, portanto, alta probabilidade do cometimento do delito, alguns acreditando que essa probabilidade deva girar em torno de 90% (noventa por

¹⁹³ Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada. § 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação. § 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.

¹⁹⁴ A aplicação do disposto no art. 285-A do CPC, quando preenchidos os elementos autorizadores pelo julgador não fere princípio da ampla defesa e do contraditório” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI 822804**. Primeira Turma, Brasília, 29 de maio de 2012.)

cento) ou mais¹⁹⁵. Percebe-se, através dos dispositivos legais mencionados, como a busca do ótimo grau de precisão norteia diversas regras de direito processual.

3.3.2 Regras de Direito Material

Também no campo do direito substantivo¹⁹⁶ é perceptível que regras buscam a melhor relação entre custo, qualidade na adjudicação e relevância do bem jurídico, sendo nítido o intento do legislador de preservar determinados valores normativos de erros ou tendência do adjudicador.

As exigências específicas probatórias e a distribuição do ônus da prova bem ilustram a hipótese. A propriedade imobiliária deve ser comprovada por registro público, que envolve procedimento mais complexo que a instrumentalização por contrato particular ou a mera tradição. Nessa linha, *Cooter e Ulen*¹⁹⁷ asseveram que a segurança dos contratos mais relevantes é fortalecida por “*testemunhas oficiais*” do ato, notários que o registram em documento oficial, reduzindo, assim, as incertezas que oneram o comércio, muito embora a maior custo. Segundo os autores, “o direito de propriedade precisa desenvolver regras que contrabalançam os impedimentos ao comércio criados pela propriedade incerta e o custo da manutenção de um sistema de controle”.

Por isso o Código Civil é expresso ao determinar que a transferência de propriedade imobiliária entre vivos se dá com o registro do título translativo no Registro de Imóveis,¹⁹⁸ sendo que enquanto não se registrar o título prossegue o alienante como dono. Nessa condição permanecendo o adquirente enquanto não decretada a invalidade do registro e seu cancelamento. Estabelecidas tais regras probatórias, que fazem parte da essência do direito substantivo à propriedade, emergem ônus probatórios em favor dos detentores de registro, vinculando a adjudicação.

Na hipótese, é flagrante a utilidade social do direito de propriedade, principalmente imobiliária, tanto quanto a de sinalizar, de forma clara e indubitável, a sua titularidade. Por isso a legislação erige, em prol deste direito, firme proteção em face dos riscos da adjudicação. O direito de propriedade é importante fator para a produção de riqueza e bem-estar social. Ausente

¹⁹⁵ DHABI, Mandeep. **On Measuring Quantitative Interpretations of Reasonable Doubt**. Journal of Experimental Psychology: Applied, v. 14, n. 4, p. 353-363, Dez/2008.

¹⁹⁶ Como fez Kaplow, as exigências probatórias específicas a institutos jurídicos de direito material serão aqui encaradas como regras de direito material, independentemente da discussão doutrinária de sua natureza jurídica.

¹⁹⁷ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5a ed., São Paulo: Bookman, 2010, p. 167-169.

¹⁹⁸ Código Civil, art. 1.245.

o estatuto jurídico, ou deficitário o apoio coercitivo estatal em caso de violação do direito de propriedade, faleceriam os incentivos para que esforços fossem direcionados a geração de riqueza social, já que, sem a tutela legal, o produtor poderia vir a ser despojado do fruto de seu trabalho e investimentos. Nesse sentido se manifestou North:

“(...) só assim, com instituições firmes, um país pode estar preparado para dar o salto qualitativo, mudar de patamar. Olhe para os Estados Unidos do século XIX. Embora estivessem nos tempos do faroeste, os americanos já possuíam leis sofisticadas que asseguravam a liberdade religiosa, o direito ao habeas-corpus, o direito à propriedade privada e a certeza coletiva de que, se assinassem um contrato, ele seria cumprido. Com isso, os proprietários de terra e os donos das firmas se sentiam estimulados a investir em novas tecnologias e em mão-de-obra. Daí o aumento estratosférico de produtividade americana”¹⁹⁹.

A importância do direito de propriedade se comunica à sua prova e ao tratamento jurídico dos títulos e contratos a ela relacionados, já que “a propriedade incerta onera o comércio e causa um desconto elevado do valor que compradores em potencial atribuem a um ativo”. A eficiência econômica, que, por meio, da criação de riqueza pode gerar aumento do bem-estar social, exige a remoção de incertezas do título de propriedade. Uma das formas com que o faz é instituindo o usucapião (*adverse possession*) para estabilizar o direito de posse de longo termo.²⁰⁰

A propósito, é oportuno lembrar das ilustrações dos efeitos da alocação de direitos, que serão executadas pela força coativa Estatal, trazidas por *Calabresi e Melamed*²⁰¹ em obra clássica. Em um sistema de propriedade privada, se Taney possui uma plantação de repolho e Marshall, que detém maiores recursos (força bruta, destreza, malícia, comparsas), quer um repolho, ele irá retirá-lo por seus próprios meios, a não ser que o Estado intervenha em defesa do proprietário Taney.

Contudo, não é óbvio que tal intervenção estatal ocorra se for escolhida a intitulação de direitos oposta, a da propriedade comunitária, em uma economia planificada: se o poderoso Marshall tiver plantado alguns repolhos comunitários e os nega ao enfraquecido Taney, pode ocorrer ação estatal no sentido de realizar o direito deste último. Ainda, a lei escolhe a melhor modalidade de proteção que será atribuída a cada direito, grosso modo, se sob a forma de direito

¹⁹⁹ NORTH, Douglass. **Para um país enriquecer**. Revista Veja, 26/11/2003. Disponível em <www.veja.com.br>. Acesso em 27 de agosto de 2014.

²⁰⁰ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5a ed., São Paulo: Bookman, 2010, p. 168.

²⁰¹ CALABRESI, Guido; MELAMED, A. Douglas. **Property rules, liability rules and inalienability: one view of the cathedral**. Harvard Law Review, v. 85, n. 6, p. 1089-1128, abr/1972.

de propriedade, direito a indenização ou inalienabilidade. A casa de Taney será protegida por uma regra de *propriedade* se Marshall deseja comprá-la; haverá o direito a *indenização* se o governo decidir proceder a desapropriação indireta; e ocorrerá a *inalienabilidade* se Taney incorrer em total incapacidade.

Igualmente importantes são os componentes da legislação substantiva que determinam como as diversas categorias de comportamentos humanos devem receber tratamento, conduzindo a perquirições fáticas de elementos subjetivos, como a diferenciação entre dolo e culpa no cometimento de delito e a intenção das partes nas relações obrigacionais, condições que os tribunais devem acessar. Deste modo, a induzir a precisão nos julgamentos, as consequências jurídicas dos diversos comportamentos são definidas de forma mais detalhada pela legislação. Seguindo a exemplificação de *Kaplow*, o roubo qualificado pela intenção de matar (latrocínio) se diferencia do roubo simples, sendo as sanções mais precisamente desenhadas conforme as condutas individuais.

Insuficiente diferenciação de condutas pode, ao revés, acarretar desobediência à legislação e insegurança na adjudicação, que deixa de cumprir sua função aculturadora. Como por exemplo a severa Lei 12.760/2012, que proíbe a condução de veículos por motorista que apresente mais de 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar, ao não distinguir a ingestão de quantidade ínfima de álcool da apta a reduzir os reflexos do motorista, acaba por ser amplamente desobedecida, inclusive de forma coordenada através de redes sociais, aumentando os custos de fiscalização. E a diferenciação legal no direito material pode excluir da consideração do julgador fatos que devem sim ser *desconsiderados*.

Para corroborar com este entendimento *Damaska*,²⁰² ao tratar da precisão na descoberta judicial de fatos, compreende que as normas substantivas têm a aptidão de excluir muitas perspectivas da realidade como *imateriais*, não se importando quanto atrativas possam ser as perspectivas intelectuais ou mentais, as hipóteses legais são singulares, externando perspectiva fixa. A definição do delito de estupro como sexo o sem consentimento, *tout court* exclui as considerações ou enganos do ofensor em relação ao consentimento, já que suas considerações pessoais a respeito da ligação não terão a aptidão de excluir o delito. Essa inflexibilidade na interpretação das intenções do agente pelos tribunais transfere ao indivíduo o ônus de tomar todas as precauções antes de agir, reforçando a proteção ao bem jurídico, no caso, integridade física e liberdade sexual.

²⁰² DAMASKA, Mirjan. **Truth in adjudication**. Hastings Law Journal, v. 49, Jan 1998, p. 293.

O modo como a vítima se vestia passa a ser irrelevante, buscando-se afinar a precisão na apreciação do comportamento. “artificiais ou não, essas restrições baseadas em normas substantivas podem focar investigação de fatos ou estreitar aspectos da realidade em relação aos quais o potencial para controvérsia é drasticamente reduzido”. Muito embora a simplificação formal promovida pela legislação, problemas para a dicção da justiça persistem, já que a indeterminação legal, como ocorre com os *standards*, contribui para se esquivar da verdade, resultando em dificuldades para definir o que é conhecimento objetivo em alguns casos. Mais além, a incerteza sobre o conceito de verdade objetiva transfere o processo de descoberta para o de justificação e deliberação

“(...) verdade na adjudicação terá maior chance de emergir de apropriado discurso entre pessoas com diferentes pontos de vista. Quanto mais você os deixar argumentar, livremente questionar e justificar suas posições, mais você poderá estar confiante na precisão dos resultados, não somente na deliberação sobre valores e regras, como também em determinar a verdade de fatos alegados.”²⁰³

A prova cabal de tais fatos implicará em excesso de informação e em nada irá colaborar para a melhoria da qualidade da decisão. O agente deve tomar precauções antes de agir, liberando o tribunal de perquirir a respeito de seu estado de espírito, com isso colocando em risco o bem jurídico tutelado.²⁰⁴

Concluem *Rubinfeld e Sappington*,²⁰⁵ um tanto curiosamente, que o aumento de gastos da corte em busca de redução de incerteza dos julgamentos irá aumentar a razão de gastos para acusados inocentes e culpados, devendo ser balanceado. A redução irá resultar em maior incerteza e aumentar gastos para os acusados inocentes relativamente aos gastos dos culpados, resultando em menores custos sociais diretos e um sistema judiciário mais hábil a discriminar entre acusados inocentes e culpados. Correlacionam os achados também à gravidade da sanção, que não deve ser reduzida quando a dissuasão é objetivo da norma e em crimes graves, que demandam carga retributiva.

Destaca-se também *Kaplow*²⁰⁶ quando refere que as normas que regem o comportamento dos advogados dos litigantes igualmente podem representar a busca do equilíbrio entre custo e precisão, estando este objetivo implícito também nas reformas legais -

²⁰³ DAMASKA, Mirjan. **Truth in adjudication**. Hastings Law Journal, v. 49, Jan 1998, p. 293.

²⁰⁴ No Brasil, nem sempre é este o padrão jurisprudencial.

²⁰⁵ RUBINFELD, Daniel L.; SAPPINGTON, David E.M. **Efficient Awards and Standards of Proof in Judicial Proceedings**. The RAND Journal of Economics, vol. 18, nº. 2, 1987, pp. 308-315.

²⁰⁶ KAPLOW, Louis. **The value of accuracy in adjudication: an economic analysis**. The Journal of Legal Studies, v. 23, n. 1, jan 1994.

escolha entre sistema inquisitorial ou contraditório; regras para produção de prova pericial e utilização de meios alternativos de resolução de disputas (*alternative dispute resolution*), previsão de acordos de leniência.

Desta forma, resta claro que a legislação regula não somente a hipótese do erro judicial como função da qualidade e da interpretação da informação vertida para o processo, mas também o grau de precisão com que cada série de litígios irá ser decidida, considerados fatores como a importância do direito em discussão e os custos sociais do aumento de precisão.

PARTE II – PRECISÃO E ENQUADRAMENTO INSTITUCIONAL

1 PRINCÍPIOS E NORMAS CONSTITUCIONAIS: CONTEXTO INSTITUCIONAL E PRECISÃO

*Indeed, on the most general level, the analysis addresses a fundamental issue of procedural justice: the limits on judicial creativity in devising procedures under conditions of severe process scarcity. When there are not enough resources to provide each party with an individual trial, how should a court go about adjudicating the cases before it?*²⁰⁷

*Ter um direito fundamental não significa ter uma posição juridicamente sustentada de natureza absoluta, definitiva ou fechada, ainda que, no decurso da sua efectivação, os direitos fundamentais se concretizem em posições jurídicas que podem reunir essas características*²⁰⁸.

1.1 O processo judicial e a realização de valores constitucionais

Por vezes passa despercebida dos juristas a circunstância da *escassez* ser a raiz dos *conflitos dos direitos fundamentais*. Grande parte dos autores que enfrentam o tema dos conflitos e restrições dos direitos fundamentais não o faz, ao menos expressamente, à luz da noção econômica de *finitude*, que adjetiva muitos dos recursos, materiais ou imateriais, disponíveis em sociedade, instaurando conflitos.

Nesse sentido, *Galdino*²⁰⁹, afirma que “o cerne das modernas teorias da justiça é precisamente o estudo da distribuição de bens e recursos entre os homens”, foca o tema com propriedade, e o faz partindo do conceito econômico de necessidade, “no sentido de qualquer manifestação de desejo que envolva a escolha de um bem capaz de contribuir para a realização do indivíduo²¹⁰”, e do registro de que os limitados recursos disponíveis não são suficientes para fazer frente a ilimitadas necessidades humanas.

No que se refere ao Estado, a escassez provoca a discussão sobre os critérios de justiça distributiva aplicáveis no direcionamento de prestações estatais, positivas e negativas.²¹¹

²⁰⁷ BONE, Robert G. **Statistical adjudication**: rights, justice and utility in a world of process scarcity. *Vanderbilt Law Review*, vol. 46, n. 3, 1993, pp. 561-664.

²⁰⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2ª. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 570.

²⁰⁹ GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 155-156.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 155-156.

²¹¹ Não se pretende, com a afirmativa, esgotar o tema do papel alocativo do Estado, sendo possível afirmar que deva promover a afetação eficiente dos recursos econômicos, intervindo de forma supletiva na economia, nas situações em que os mercados fracassam na afetação dos fatores de produção (falhas de mercado) - como, v.g., na

Vale dizer, funda o intrincado problema da escolha coletiva, que pretende que seja captada e atendida, de forma genérica e abstrata, por meio do exercício da função legislativa²¹².

Como se dizia, a escassez bens de qualquer natureza instaura o conflito, que pode ser observado sob no mínimo dois ângulos distintos: a) para o jurista, o problema alocativo é lido como colisão de normas jurídicas, e, se for o caso, será solvida por meio da ponderação²¹³ dos princípios constitucionais em choque; b) para o economista, o conflito supõe o exercício de uma *opção*²¹⁴. Se não houver meios de satisfazer integralmente dois direitos invocados por duas pessoas ou grupos de pessoas, a solução *jurídica* irá pressupor o sopesamento dos valores constitucionais sob os quais o antagonismo de pretensões subjaz. Ao passo em que para a economia política envolverá uma *opção política*.

Dessa forma, à questão do *quanto* de devido processo será alocado a cada espécie de litígios subjazem diversos princípios constitucionais em conflito, consubstanciados pelos seguintes valores: intimidade, privacidade e liberdade; direito de ação e duração razoável do processo; eficiência administrativa; moralidade e segurança pública (como proteção da vida e do patrimônio), autonomia individual e ato jurídico perfeito. Finalmente, marcam presença *todos* os demais princípios constitucionais, que não terão a possibilidade de ser implementados se o sistema de *revelação* dos fatos jurídicos imbricados em conflitos concretos não puder, por imperfeição ou má aplicação do conjunto de regras probatórias, ser demonstrados judicialmente e, conseqüentemente, bem adjudicados.²¹⁵

presença de externalidades, mercados não perfeitamente concorrenciais, informação assimétrica, desemprego dos fatores de produção etc. (FERNANDES, Abel Costa. **Economia Pública**: Eficiência económica e teoria das escolhas colectivas. 2ª ed., Lisboa: Edições Sílabo, p. 20-32).

²¹² Ver Parte II, Cap. 2, 1. Tripartição de Poderes

²¹³ A ponderação, sendo um dos métodos de interpretação constitucional para solução de conflitos de Direitos Fundamentais, se caracteriza pela identificação dos interesses envolvidos no caso e concepção de decisão, ou construção de regra constitucional, explícita ou implicitamente, por atribuição de valores a estes interesses. Os interesses buscam reconhecimento próprio e forçam comparação corpo-a-corpo com os princípios concorrentes. Supõe (1) concessões recíprocas, buscando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa, ou, no limite, (2) escolha do direito que irá prevalecer sobre outro, em concreto, por realizar mais adequadamente à “vontade constitucional” (MAZUR, Maurício. **Controle jurisdicional da ponderação legislativa**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, v. 36, n. 66, p. 159–215, jan./jun., Curitiba, 2011 p. 7.). O princípio instrumental da proporcionalidade é elemento chave para a decisão e o ônus argumentativo confere legitimação à escolha. Deste modo, a ponderação será a chave da solução das colisões mediante atuação estatal restritiva de direitos fundamentais nos quadros de um Estado de Direito quando responde (1) que parâmetros a comandam; (2) a quem compete; (3) de que forma; (4) como o procedimento será sindicável (BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. 2009. Disponível em <<http://georgemlima.xpg.uol.com.br/barroso.pdf>>. Acesso em 15 de maio de 2015.)

²¹⁴ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 158.

²¹⁵ “A possibilidade de provar alegações em juízo é ínsita à de submeter à apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito (Constituição, art. 5o, XXXV). Não parece razoável que se lhe tenha de sobrepor sempre, abstraindo-se de tudo mais, a preservação da intimidade de quem haja motivos para supor que possa ter incidido, ou estar incidindo, ou em vias de incidir, em algum comportamento antijurídico. Daí a conveniência de deixar ao aplicador da norma restritiva determinada margem de flexibilidade no respectivo

Fechar os olhos para a circunstância de que a *restrição* de liberdades públicas é *inerente e indissociável* do processo judicial pode impedir a afirmação judicial de importantes valores constitucionais. O judiciário, ao solicitar coativamente informações das quais se valerá para pacificar o litígio, inevitavelmente atinge direitos fundamentais de partes e testemunhas. Este é um dos custos da precisão na decisão judicial, o tanto de restrição que as liberdades constitucionais irão sofrer para que se possa produzir a prova. Daí é possível inferir que há um *custo de oportunidade* em optar por realizar mais de um ou alguns valores constitucionais em desfavor de outro ou outros.

Assim, se a legislação ou a jurisprudência entendessem ser *absoluto*, ou *completamente* inviolável, o direito constitucional à *privacidade*, incondicionalmente invocável por agente que comete ilícitos penais ou por testemunhas para blindar-se à sondagem policial ou judicial, os Tribunais ficam desprovidos de cruciais *mecanismos de revelação* que possibilitariam a superação de assimetria informativa pelo julgador. Como resultante, estaria instituída radical '*incompetência judicial*' de alcançar a verdade, explorável estrategicamente por agentes, tornando praticamente inadjudicáveis litígios, em detrimento tanto da jurisdição quanto de direitos constitucionais contrapostos, de igual estatura.

Por isso que o legislador, ao invés de proibir todo e qualquer avanço contra o direito à privacidade, opta por ponderar em que medida será razoável permitir sua restrição, de forma controlada, em prol da adjudicação de outros valores de igual *status*.²¹⁶ Lembre-se, v.g., dos termos da legislação que regulamenta a interceptação de comunicações telefônicas para prova em investigação criminal e em instrução penal,²¹⁷ ou da que dispõe sobre o sigilo das operações financeiras (sigilo fiscal),²¹⁸ estabelecendo, além do segredo de justiça, requisitos e precauções que visam o equilíbrio entre os interesses colidentes, intimidade e privacidade de um lado, segurança pública, moralidade administrativa, efetividade do processo, e demais valores, de outro. Vedar totalmente a interceptação telefônica implicaria em redução de precisão judicial, por outro lado, permiti-la de forma ampla abriria margem para o abuso de autoridade.²¹⁹

manejo. Só a atenta ponderação comparativa dos interesses em jogo, no caso concreto, afigura-se capaz de permitir que se chegue à solução conforme à Justiça. É exatamente a isso que visa o recurso, ao princípio da proporcionalidade". (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A constituição e as provas ilicitamente adquiridas**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 205, jul./set. 1996, p. 19).

²¹⁶ "(...) As normas constitucionais se articulam num sistema, cujo harmonia impõe que, em certa medida, tolere-se o detrimento a alguns direitos por ela conferidos, no caso, o direito à intimidade" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 7216/SP**. Quinta Turma. Brasília, 8 de abril de 1998.)

²¹⁷ Lei 9.296, de 24/6/1996.

²¹⁸ Lei Complementar n. 105, de 10/01/2001.

²¹⁹ Muito embora haja quem defenda que, hodiernamente, não seja defensável a tutela da intimidade pessoal como direito fundamental, pois vem sendo invocada principalmente por aqueles que pretendem ocultar o cometimento

Somente é permitida a quebra do sigilo telefônico, na medida em que necessária e imprescindível, quando o dilema tiver que ser decidido em favor do interesse investigatório, por sua importância. Não é admissível a interceptação quando “a prova puder ser feita por outros meios disponíveis” (vedação de excesso)²²⁰ ou quando “o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção”²²¹ – caso em que não se justifica o *trade off* entre o interesse de investigar as infrações de menor potencial ofensivo e a restrição de privacidade, em manifestação da proporcionalidade em sentido estrito.

No outro prato da balança, tem-se que o enfraquecimento de liberdades individuais pode redundar em abuso do poder, o que não se opera unicamente em desfavor de quem as argui, senão em detrimento público. Sendo certo que os direitos individuais constituem garantias *não em prol de um determinado indivíduo*, mas em favor de toda a coletividade, que ficará resguardada em face dos possíveis avanços futuros. A exemplo disso, tem-se a decisão da Suprema Corte Americana no caso *Hustler Magazine, Inc. v. Falwell*, popularmente conhecido como *The People vs. Larry Flynt*, não consagrou o predomínio da liberdade de expressão apenas em prol da Revista Hustler, mas alcançou toda a sociedade, todos os indivíduos que possam querer se expressar livremente.

Ademais, é também de interesse individual que o Estado chegue às suas metas coletivas mediante a utilização do meio menos restritivo²²² aos direitos individuais. Ainda, se faz presente o “interesse público na realização da liberdade dos indivíduos e na existência de uma sociedade organizada em função desse valor”²²³. Mais do que isso, há o interesse que todos têm em poder exercer determinada liberdade, no presente ou no futuro, sem receio de futuras represálias²²⁴. Por isso a questão se torna ainda mais intrincada, demandando rigorosa seleção de interesses em choque, considerado a contraposição de âmbitos gerais e particulares, sendo

de infrações. (POSNER, Richard A. **The Right of Privacy**. 1978. Sibley Lecture Series. Paper 22. Disponível em <http://digitalcommons.law.uga.edu/lectures_pre_arch_lectures_sibley/22>. Acesso em 27 de junho de 2014).

²²⁰ Art. 2º, II, da Lei 9.296/96.

²²¹ Art. 2º, III, da Lei 9.296/96.

²²² NOVAIS. Jorge Reis. **As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2ª. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 657.

²²³ Ibidem, p. 657

²²⁴ Ibidem, p. 657. Assim Novais expressa a questão: “se o tribunal se inclina para dar preferência ao interesse de liberdade, balanceará apenas, de um lado, o benefício específico, suplementar e marginal com que a medida restritiva contribui para o incremento do interesse público, colocando no outro prato da balança, não apenas o interesse particular afectado, na sua dimensão global de liberdade constitucionalmente protegida, mas também o interesse individual na utilização, por parte do Estado, de um meio menos restritivo, mais o interesse público na realização da liberdade dos indivíduos e na existência de uma sociedade organizada em função desse valor e, ainda, o interesse que todos têm em poder” exercer aquela determinada liberdade, no presente ou no futuro, sem receio de futuras represálias.

“necessário proceder a uma selecção daquilo que se pondera e da dimensão com que se pondera”²²⁵.

Equação complexa, não se pretende advogar, aqui, a adoção de uma ou outra forma de conciliar valores, ou o predomínio de um ou outro valor, ou mesmo que a ponderação deva ser o método por excelência para a solução de conflitos constitucionais. Quer-se, tão somente, *salientar a presença de importante e multifacetado conflito* no seio das soluções legais, e da natureza ao mesmo tempo pública e particular de cada liberdade e valor coletivo, destacando-se que de cada opção realizada resultará inevitavelmente um custo de oportunidade, ou a *restrição dos interesses contrapostos*.

As sociedades estão fadadas à busca desse equilíbrio em um mundo real que não permite a realização simultânea de todas as posições jurídicas legítimas, e tanto melhor forjarão soluções quanto mais ampla a consciência geral sobre custos. A resposta não emana de uma visão estritamente interna ao Direito, senão à seara cultural e política, devendo ser consideradas as específicas características culturais, contexto, limites, custos e consequências.²²⁶

Enfim, decisões sobre questões probatórias implicam em escolhas sobre qual a extensão de *limitações* dos princípios constitucionais irá fatalmente sofrer, por meio de escolhas marginais, em que o grau de restrição de um valor ou feixe de valores redundará, em alguma medida, no incremento de outro. Um pouco de intimidade deve ser sacrificada para possibilitar a revelação de informações que viabilizem, por exemplo, a tutela do ato jurídico perfeito e a segurança pública, e inclusive a própria democracia, moralidade administrativa, e todos os demais valores que normas infraconstitucionais que amparam, além dos reflexos individuais e sociais da proteção de tais valores, cuja proteção somente irá ocorrer se jurisdição, minimamente, incidir sobre comportamentos revelados.

Pode-se dizer que um rito processual menos complexo ou completo (menor gradação do devido processo legal), teoricamente reverterá em decisões mais céleres e menos custosas (direito de ação, duração razoável do processo, eficiência administrativa, direito de propriedade dos pagantes de impostos), e, eventualmente, à *menor* precisão na decisão judicial. A sociedade pode legitimamente escolher obter menor precisão em prol de maior celeridade e eficiência, portanto. Assim procede a legislação.²²⁷

²²⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2ª. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 656.

²²⁶ KAUFMANN, Rodrigo. **Direitos humanos, direito constitucional e neopragmatismo**. Tese de Doutorado apresentado como requisito de obtenção do título de doutor. Brasília: Universidade de Brasília, 2010.

²²⁷ Ver Parte I, Cap. 3, item 2, A lei como determinante do grau de precisão

1.2 Conflito de Direitos Constitucionais, escassez e escolhas

Em meio a restrições e promoções de direitos constitucionais, que envolvem custos e benefícios, a *tomada de decisão* é elemento crucial no contexto da precisão na decisão judicial. Assim, para prosseguir, faz-se necessário estudar as *escolhas públicas* entre as diversas possibilidades gradativas de precisão judicial. Estas escolhas se dão, normalmente, sob a forma de opção dilemática por conjuntos ou pacotes de formulações, as quais envolvem ganhos e transigências, prós e contras. Estabelecido um dilema, não se escolhe simplesmente ‘o melhor’. Escolhe-se ‘mais de algo e menos de outra coisa’, mediante negociação entre o que se perde e o que se lucra com cada opção (*trade off*).

A escassez provoca a necessidade de tomar decisões relativas a *dilemas*, por meio do cálculo de ônus e bônus de cada alternativa, ou o *trade off*. A economia se dedica ao estudo dessas inevitáveis escolhas, feitas pelos indivíduos e pela coletividade e orientadas por ordens de preferências diante de reais constrangimentos, lembrando-se que as instituições se defrontam com contexto de recursos escassos, lidando, v.g., com a escassez informacional e de recursos.

No mundo jurídico, tais preferências individuais e coletivas se materializam em *princípios ou valores*, nomeadamente constitucionais. Neste aspecto, pode-se dizer que a Constituição é espelho da escassez, e agrega preferências individuais e coletivas – e, quando tem o formato de constituição dirigente, uma gama imensa (e incompatível) de utilidades é elevada ao nível prioritário. Dados os limites impostos pela realidade, princípios constitucionais irão colidir, provocando, na seara jurídica, a análise de preponderância pelo julgador, ao menos no ponto de vista neoconstitucionalista.

Algumas decisões são feitas na base do *tudo ou nada*, v.g., permitir ou proibir a pena capital para sancionar crimes graves em determinado país. Escolhas coletivas envolvendo *tudo ou nada* são *trágicas* e implicam no sacrifício integral daquilo que não foi escolhido. As limitações orçamentárias do Estado impedem o atendimento de todos os objetivos sociais e implicam na priorização, abdicando *por inteiro* de parte deles, por mais importantes que sejam.

Outras opções importantes do mundo real, todavia, são baseadas no ‘*quanto custa*’ e permitem gradação. Diante da *escassez* do tempo, é imperativo que o acadêmico de Direito decida quantas horas destinará ao estudo do direito penal e quantas ao aprendizado do direito civil, atendendo a fatores peculiares, como a utilidade pessoal para o estudante, seus planos futuros de trabalho, extensão da matéria, rigor do professor na avaliação etc. A legislação e o juiz devem decidir por quanto tempo, entre os limites da lei, irão suprimir a liberdade do

condenado que cometeu delito, na proporção da tutela de valores sociais e jurídicos que justificaram a imposição de pena corporal em dado contexto.

Volta-se a sublinhar, neste contexto de finitude, a inevitabilidade das *perdas*, mesmo que não visualizáveis no momento em que se opta; e que o verdadeiro custo de algo é o seu *custo de oportunidade*, conceito que se repetirá alhures, aquilo de que se abre mão em favor daquilo pelo que se escolhe. Nestes termos, o estudante que decide usar seu tempo estudando prioritariamente direito civil tem um *custo de oportunidade*, que é o de não aprender direito penal.

O *trade-off* é feito na margem: comparam-se os benefícios, e os custos, de se fazer *um pouco mais* de uma atividade, versus *um pouco menos* de outra²²⁸ (*marginal analysis*), no horizonte da escassez. Saliente-se, ainda, que as escolhas individuais e coletivas geram externalidades, ou seja, seus efeitos se espalham sobre terceiros. Por seu potencial de lesar interesses de pessoas e de grupos sociais, as opções legislativas, orientadas pela prevalência de interesses em contraste e pela irrevogabilidade de cláusulas pétreas, são democráticas e se fazem representar pelo voto.²²⁹

Este impasse, ainda que de forma não explícita, norteia as decisões coletivas políticas mais básicas. As sociedades precisam resolver o “dilema das espadas e dos arados”²³⁰, dada a escassez de recursos produtivos, devem decidir se produzem mais arados, sacrificando um pouco a produção de espadas. Ou o inverso, batendo-se entre as demandas por segurança ou o poder que lhes confere a espada, ou do bem-estar decorrente da produção de arados, que geram alimento e excedentes, riqueza e promoção do desenvolvimento econômico. Por outro ângulo, devem optar entre investimento e consumo, ou entre aperfeiçoar os recursos de capital, privilegiando os instrumentos com que se realiza a produção de riqueza; ou a opulência em si mesma, a fruição imediata.²³¹

²²⁸ KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. **Microeconomics**. 3ª ed., New York: Princeton University Press, p. 9.

²²⁹ A representação parlamentar (como, de resto, a gestão pública em geral) é sujeita a problemas de agência. Existem conflitos entre a utilidade pessoal do parlamentar e o interesse público que ele representa. Em virtude da assimetria informativa, o eleitor não tem condições de observar a efetiva atuação de seu representante no trato de seus interesses. Por isso que mecanismos que favorecem a accountability - como a liberdade de imprensa, a transparência e a obediência às regras de disponibilidade orçamentária, por exemplo - incrementam a democracia.

²³⁰ A procura de ampliação do grau de segurança (ou de expansão do poder interno) e de bem estar nem sempre foi percebida como antagônica pela economia (à exceção de Bacon), talvez porque a tecnologia de guerra, de mais recente surgimento, é que passou a provocar a escassez dos recursos produtivos face a necessidades ampliadas - muito embora exemplos de opções extremas por uma ou outra remontem a antiguidade: Esparta optou pela segurança (expansão do poderio militar) e Atenas, pelo bem-estar (artes, consumo civil, bem-estar social). De todo modo, “a produção de riqueza não se incompatibiliza de todo com a segurança, já que exige pelo menos um mínimo de segurança interna, da mesma forma como a execução de um programa armamentista exige um mínimo de produção civil” (ROSSETTI, José Paschoal. **Introdução à Economia**. 8ª ed., São Paulo: Atlas, 1980, p. 153-164).

²³¹ Ibidem, p. 165-169.

A elaboração de políticas públicas envolvendo o Poder Judiciário tropeça em imensas dificuldades ligadas à sua estrutura informacional, falta de especialização nos temas de fundo e impossibilidade de acessar variáveis complexas do mundo real que demandam tratamento técnico de alta cognição. Estão presentes a assimetria informativa, incapacidade administrativa e política e comportamento oportunista dos agentes econômicos.

Os exemplos, que jamais se apresentam em estado puro, ou binário, como ora descritos, se multiplicam e perpassam toda a existência individual e social, obrigando a escolhas *marginais*, um pouco mais disso em detrimento de um pouco menos daquilo. Todavia, necessitando de *ambos*, ambiente não poluído e desenvolvimento econômico, dada sociedade, com base em rede complexa de fatores, deve encarar a escolha do *quanto* de produção de bens querará obter em sacrifício da higidez do meio ambiente.²³² As sociedades se debatem em dilemas complexos, sendo obrigadas a decidir, inexoravelmente, o quanto de desigualdade irão tolerar em prol de maior liberdade, o quanto de liberdade irão perder em nome do aumento da segurança; o quanto de intervenção estatal estão propensas a custear em detrimento da liberdade, da propriedade privada e, por vezes, do crescimento econômico, em prol de maior igualdade e segurança, e assim por diante.

É preciso estar alerta, pois, a circunstância de que quando a legislação ou os tribunais deliberam, ainda que implicitamente, sobre o grau de precisão que será conferido às diversas espécies de litígio, estão realizando intrincadas opções entre valores constitucionais conflitantes, que envolvem a restrição de outros direitos.

²³² Poderíamos conceder, muito simplificadoramente, que a China, pressionada pelas expressivas necessidades de sua ampla população, combinadas com a relativamente baixa presença de recursos naturais, a partir de 1978 passou a optar por investir intensivamente na produção industrial, atividade que produz poluição, em sacrifício marginal do cuidado com o meio ambiente. Com isso, arcou com o custo de suportar a poluição em troca dos benefícios oriundos do expressivo crescimento do PIB. A partir de um determinado ponto, porém, a partir de 2013, aquele país foi compelido a reduzir o crescimento econômico, forçado pela degradação insuportável dos recursos naturais, dentre outros aspectos. Estas opções envolveram, muito simplificadoramente, o trade-off entre meio ambiente e produção de excedente.

2 PODER JUDICIÁRIO: FUNÇÕES E CONDICIONANTES DE ATUAÇÃO

"I hope to show that some important aspects of economic organization take on a new meaning when they are considered from the viewpoint of the search for information".²³³

2.1 Estrutura dos Poderes do Estado e custos de informação

Prosseguindo-se no tema da correlação entre o contexto institucional e a precisão judicial, e lembrando que instituições devem lidar com constrangimentos reais, é pertinente frisar de que forma os poderes do Estado se estruturam em função da escassez informacional.²³⁴ Os problemas informacionais são de tal modo relevantes que podem determinar a própria arquitetura do Estado, como defendem as ciências econômicas.

Por sua essencialidade, as organizações do Estado podem ser percebidas sob o ponto de vista da busca de informações, e podem ser estruturadas segundo a modalidade de informação perseguida. Assim, não apenas a ritualística do processo judicial, mas também a própria *estrutura do Poder Judiciário*, é concebida e adaptada à captação de um determinado tipo de informação, ao qual está destinado.

O funcionamento do Estado enfrenta e confronta uma imensa série de custos, gerados para estabelecer as prioridades e escolhas estatais como para concretizá-las, destacando-se os custos de transação, advindos, em parte, do fato dos agentes não contarem com plena informação para orientar a tomada de decisão. Caso não existisse os custos de transação, o problema da *estruturação* do Estado não se colocaria, tornando irrelevante a forma de organização das funções estatais típicas, como julgar, administrar e legislar.

Genericamente, os *custos de transação*, ou os custos envolvidos nas trocas econômicas, despendidos na participação em um mercado²³⁵, "quaisquer custos que não sejam

²³³ STIGLER, George J. STIGLER, George J. **The economics of information**. The journal of political economy, v. 69, n. 3, p. 213-225, jun/1961, p. 213.

²³⁴ Este ponto de vista remonta à preocupação do precursor da disciplina da Análise Econômica do Direito, Ronald Coase explica porque indivíduos preferem operar seus empreendimentos sob a forma de firmas ao invés de negociarem diretamente no mercado, atribuindo a razão aos custos de transação, dentre os quais os de informação (COASE, R. H. **The nature of firm**. Economica, New series, v. 4, nº 16, p. 386-405, 1937. Disponível em <<http://www.colorado.edu/ibs/eb/alston/econ4504/readings/The%20Nature%20of%20the%20Firm%20by%20Coase.pdf>>. Acesso em 15 de junho 2014).

²³⁵ CHEUNG, Steven N. S. **Economic organization and transaction costs**. In.: EATWELL, John; MILGATE, Murray; NEWMAN, Peter (edit). The New Palgrave: A Dictionary of Economics. 1ª ed., 1987. Disponível em <http://www.dictionaryofeconomics.com/article?id=pde1987_X000658>. Acesso em 15 de junho de 2014.

concebíveis em uma economia ‘Robinson Crusoe’²³⁶, podem ser subdivididos em *custos de busca de informação*, vale dizer, aqueles em que se incorre para determinar a disponibilidade, preço e qualidade de bens no mercado. Os custos de *barganha*, ou seja, aqueles envolvidos na negociação e requeridos para que se chegue a um acordo entre as partes; e os custos de *fiscalização e cumprimento*, empregados na fiscalização e na obtenção da adesão da outra parte aos termos pactuados.

Muito embora a definição de *custo de transação* não seja unívoca e possa aludir, segundo Douglas Allen,²³⁷ tanto aos custos de *negociar através do mercado* (ou “o custo de usar o mecanismo de preços”, no dizer de Coase).²³⁸ Em sua acepção neoclássica, quanto aos custos de *estabelecer e fazer cumprir os direitos de propriedade*, na significação que lhe confere perspectiva dos *direitos de propriedade*,²³⁹ certo é que abrangem, em qualquer hipótese, os investimentos para o intercâmbio de *informações*.²⁴⁰

A *ignorância*, portanto, perpassa o tópico dos *custos de transação*. Não fosse por ela, estariam ausentes o erro e a fraude, como também as próprias negociações, comunicações e estipulações contratuais, que se valem da complementaridade positiva gerada pela assimetria informativa entre pessoas e instituições, como razão de existir – a troca de expertise entre atores sociais e econômicos. O papel da informação é, por isso, pré-requisito e condição necessária²⁴¹ à presença destes custos.

Pois bem, como formulação geral é proposto que a estrutura e o funcionamento de organizações sejam grandemente influenciados pelo objetivo de redução de tais custos de transação, inclusive os informacionais²⁴². Segundo Williamson, é possível que organizações reduzam seus custos de transação por meio do redesenho das estruturas de governança.

²³⁶ CHEUNG, Steven N. S. **Economic organization and transaction costs**. In.: EATWELL, John; MILGATE, Murray; NEWMAN, Peter (edit). The New Palgrave: A Dictionary of Economics. 1ª ed., 1987. Disponível em <http://www.dictionaryofeconomics.com/article?id=pde1987_X000658>. Acesso em 15 de junho de 2014.

²³⁷ ALLEN, Douglas W. **Transaction costs**. 1999. Disponível em <<http://www2.bren.ucsb.edu/~glibecap/Allentranscosts.pdf>>. Acesso em 27 de novembro de 2014, p. 893.

²³⁸ “The cost of using the price mechanism”. (COASE, R. H. **The nature of firm**. Economica, New series, v. 4, nº 16, p. 386–405, 1937. Disponível em <<http://www.colorado.edu/ibs/eb/alston/econ4504/readings/The%20Nature%20of%20the%20Firm%20by%20Coase.pdf>>. Acesso em 15 de junho 2014, p. 38).

²³⁹ Nos dizeres de Calabresi a ausência de custo de transação seria compreensível de forma ampla, envolvendo tanto a informação perfeita quanto a ausência de qualquer impedimento ou custo de negociação - como, v.g., os de excluir free-riders, ou agentes que obtêm vantagens sem participar do rateio dos custos, se prevalecendo da colaboração alheia. (CALABRESI, Guido; MELAMED, A. Douglas. **Property rules, liability rules and inalienability**: one view of the cathedral. Harvard Law Review, v. 85, n. 6, p. 1089-1128, abr/1972, p. 1972).

²⁴⁰ (Stavins 1995, p. 134).

²⁴¹ ALLEN, Douglas W. **Transaction costs**. 1999. Disponível em <<http://www2.bren.ucsb.edu/~glibecap/Allentranscosts.pdf>>. Acesso em 27 de novembro de 2014, p. 906.

²⁴² No que refere à estipulação de limites externos eficientes (efficient boundaries) na relação entre a organização e o mercado, a definir quais atividades deverão ou não ser realizadas dentro da organização e porque; assim como

De igual forma, os três poderes do Estado têm sua estrutura concebida em função da coleta, a menor custo, da particular espécie de informação que estão vocacionados a processar. O Legislativo, Executivo e Judiciário dependem de grande fluxo de informações para a tomada de decisões. A morfologia com que se conformam é adaptada ao *tipo de informação* que cada qual processa para atingir suas funções.

Economicamente, portanto, os poderes do Estado podem ser vistos em função das opções estruturais, concebidas para captação de informações afetas às diferentes funções do Estado, vale dizer, em atenção à *natureza* das informações que estão equipados a processar.²⁴³ Segundo Anant, “*quão melhor podem tais escolhas ser feitas implica em verificar como a informação pode ser melhor processada em uma sociedade.*”²⁴⁴

O Executivo, ao materializar e concretizar as preferências coletivas, provendo infraestrutura, segurança, saúde pública e outros bens e serviços, processa informações consistentes em dados técnicos, oriundos de estudos científicos (como epidemiológicos, climáticos etc.) e estatísticos, bem como analisa preços e compara a eficácia de soluções, sendo dotado de estrutura que permite a coleta dessas informações, tendentes à tomada de decisões técnicas de implementação de políticas públicas e programas sociais.

A alocação de recursos escassos promovida pela função administrativa do Estado demanda o processamento de informações estatísticas e técnicas, assim como acessar tecnologias e custos de prevenção, estando o Poder Executivo mais apto a mitigar os efeitos incertos da carência. “*O Executivo pode ser comparável a uma empresa que deve tomar decisões quantitativas de preço, qualidade e quantidade do bem produzido em um ambiente de risco conhecido.*”²⁴⁵

Outra categoria de problemas deriva do fato da sociedade ser empreendimento cooperativo e como tal demanda a elaboração de convenções que irão ordenar a vida social. Muitas vezes convenções ou normas sociais, auto-executáveis, garantem a cooperação social. Contudo, a presença de oportunismo e comportamento estratégico²⁴⁶ pode predominar sobre tais normas, convocando a produção de lei estatal para garantir a persistência do

internamente, no que se refere à governança. A este respeito disputam a Teoria da Economia do Custo de Transação e a Teoria Organizacional.

²⁴³ ANANT, T.C.A.; SINGH, Jaivir. **An economic analysis of judicial activism**. Economic And Political Weekly, v. 37, n. 43, 2002, p. 4436. Disponível em <<http://www.epw.in/special-articles/economic-analysis-judicial-activism.html>>. Acesso em 10 de maio de 2015, p. 4435.

²⁴⁴ Ibidem, p. 4435.

²⁴⁵ Ibidem, p. 4435.

²⁴⁶ “Strategic behavior’ is concerned with influencing another’s choice by working on his expectation of how one’s own behavior is related to his”. SCHELLING, Thomas C. **The strategy of conflict**. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

empreendimento. Daí emerge a questão de quem será o titular do poder de legislar, uma vez que cada norma produzida tem seus impactos na distribuição e atribuição de direitos, interferindo no bem-estar subjetivo de indivíduos ou da sociedade como um todo. Há cerca de 300 anos mantêm-se mais ou menos fixa a sugestão de que um Poder Legislativo democraticamente eleito é apto a melhor legislar, especializado em captar informações sobre a vontade popular.

O Legislativo, portanto, *cataloga informações relativas às preferências* de eleitores, setores ou maiorias. Também, as expressões de interesses divergentes, emanadas dos diferentes grupos que protagonizam papéis sociais e econômicos, cuja manifestação deve necessariamente ser levada em conta para a elaboração de leis²⁴⁷. Lembre-se que a elaboração de regras é capaz de causar fortes externalidades positivas e negativas,²⁴⁸ daí a exigência de que a tomada de decisão seja informada quanto a preferências, considerada a escala coletiva de utilidades²⁴⁹ e o impacto distribucional de leis sobre as populações. Observa-se, por isso, estar a estrutura do Poder Legislativo equipada a reunir informações difusas na sociedade, transmitidas através de representantes, que irão atuar realizando a necessária barganha política.

Já o Judiciário deve, prioritariamente, resolver disputas concretas mediante o uso de informações sobre eventos passados, no interesse de litigantes. As informações são produzidas segundo garantias processuais e regras procedimentais e a adjudicação é baseada em provas e evidências antagônicas, submissíveis ao contraditório. Tribunais²⁵⁰ são especificamente aparelhados para a coleta de provas que permitam a tomada de decisões em condições de informação incompleta.

O Estado-juiz tem o desafio de superar a assimetria informativa de modo a perfazer a dicção do Direito e produzir julgamento o quanto possível acertado, ou livre de erros. Para tanto, muitas vezes deve desvelar verdades ocultas, como a intenção das partes, e detalhes mais

²⁴⁷ Exemplo fornecido por Posner, o da discussão sobre a conveniência de estabelecer preço máximo para a negociação de tomates, pode contribuir para a compreensão das possíveis externalidades de decisões públicas, que justificam os custos para captação de informações oriunda diversos grupos de interesse difusos na sociedade e da negociação política, tarefa típica do Legislativo: se existia um teto para o preço de tomates e este for removido irá aumentar o preço do tomate negociado no mercado oficial, seguida de redução do preço no mercado negro e aumento da quantidade de tomates produzidos. Possivelmente, em uma primeira etapa irá ocorrer a redução da quantidade de abobrinhas produzidas (pois aumentou o incentivo para a produção de tomates), o aumento do valor dos aluguéis pagos para proprietários de terras voltadas à produção de tomates, e a redução dos preços relacionados aos alimentos sucedâneos (valor de mão de obra, insumos, desmatamento etc.). Neste contexto não é possível identificar todos os envolvidos na mudança na regulação, obter seu consenso ou mensurar as melhorias individuais.

²⁴⁸ CALABRESI, Guido; MELAMED, A. Douglas. **Property rules, liability rules and inalienability**: one view of the cathedral. *Harvard Law Review*, v. 85, n. 6, p. 1089-1128, abr/1972.

²⁴⁹ Muito embora “a soma das racionalidades individuais não produza uma racionalidade coletiva” (Teorema da Impossibilidade de Arrow), conclusão a que chega o economista Kenneth Arrow, prêmio Nobel de 1972.

²⁵⁰ Juízos, Juizados, Turmas Recursais ou Tribunais, assim como seus órgãos fracionados.

ou menos complexos. Suponha-se que duas partes disputem sobre o excedente por elas produzido. O tanto de contribuição de cada contendor para o resultado comum é informação privada que partes e o Poder Judiciário pretendem traduzir em prova, ou em informação *observável e verificável*,²⁵¹ sendo o adjudicador obrigado a acessar argumentos controversos (*competing claims*).²⁵² A estrutura do processo, com regras de procedimento e provas, permite processar informação imperfeita, alocando o risco do erro entre as partes, assim como o ônus probatório.²⁵³

Cada um dos três poderes está equipado a captar e dar vazão a distintas categorias de informação, e que a doutrina de separação de poderes atua, de forma organizada, para minimizar custos de transação, principalmente informacionais. Aí reside uma das razões de sua eficiência.

Este quadro permite distinguir como o papel institucional do Poder Judiciário o posiciona perante a informação - aspecto de interesse para o presente trabalho, pois serão estudados os problemas relativos à informação no processo judicial.

2.2 Interpretação da lei, vivificação do Direito e comportamento

2.2.1 Função da norma: conduta e incentivos

Ainda com o objetivo de relacionar a precisão da decisão judicial ao contexto institucional, observe-se que o Poder Judiciário vai enunciando à sociedade as várias dimensões do ordenamento jurídico, através da jurisdição. A jurisdição irá testar, interpretar e sinalizar regras de convívio e de soluções de problemas intersubjetivos, conferindo à lei expressão concreta e expressiva, e feição dinâmica, evidenciando que o corpo legal não é *letra morta*, mas

²⁵¹ Sobre a diferença entre verificabilidade e observabilidade, ver Parte II, cap. 2, 2. Decisão judicial, informação imperfeita e precisão.

²⁵² ANANT, T.C.A.; SINGH, Jaivir. **An economic analysis of judicial activism**. Economic And Political Weekly, v. 37, n. 43, 2002, p. 4436. Disponível em <<http://www.epw.in/special-articles/economic-analysis-judicial-activism.html>>. Acesso em 10 de maio de 2015, p. 4436.

²⁵³ Abrindo-se um parênteses, no que respeita a distribuição de tarefas entre os poderes Judiciário e Legislativo, parece possível afirmar que ele, através de processo (judicial), dimensionado para veicular informações que interessam a apenas dois contendores ou grupos de contendores, está fracamente estruturado para elaborar regras abstratas e gerais. Sua estrutura favorece a captação de informações de eventos passados que interessam a litigantes, a fim de solver impasses inter-partes; ao passo em que a atividade de estipular regras gerais exige a reunião de informações difusas e complexas, provenientes de múltiplos e divergentes implicados ao longo da sociedade, resultando na emissão de decisões ponderativas gerais e vinculantes. Tais distinções justificam seja preservada, em alguma medida, a deferência ao legislador.

que constitui um conjunto de regras aplicáveis, norteadoras da vida social, devendo ser obedecidas porque, se necessário, serão aplicadas coativamente.

Cabe, portanto, indagar quais seriam os possíveis *objetivos sociais* deste ordenamento jurídico, que o juiz irá repercutir através de seus julgamentos.

Extensa literatura desenvolvida das últimas décadas tem por objeto o estudo do cumprimento, preferencialmente espontâneo²⁵⁴, de normas legais e sociais,²⁵⁵ entendido como bem comum (*public good*), elemento crucial à coordenação e bem estar social. Em uma primeira definição, para as ciências econômicas, as normas instituem ‘obrigações’ de agir conforme, definindo e classificando comportamentos e relacionando-os a incentivos, consubstanciados pelas *consequências* derivadas do cumprimento ou da violação (sanções).

Ressalte-se, por ora, que a economia usualmente se vale da presunção de que a lei é destinada, dentre outros objetivos, a fomentar a cooperação e a coordenação social; a influenciar comportamentos, buscando direcioná-los a objetivos socialmente úteis; a solucionar as falhas de mercado, que geram externalidades; a alinhar utilidades individuais às sociais; a regular atividades econômicas; a orientar o funcionamento de instituições, por meio de regras de governança e de procedimento de tomada de decisão pública; a permitir o desenvolvimento econômico e a geração de riqueza social, provendo estabilidade jurídica e ambiente negocial; a obter equilíbrio político - *McAdams e Rasmusen* entendem as Constituições como resultado da obtenção de um equilíbrio em jogos coordenativos²⁵⁶; a proceder a atribuição inicial de direitos, sem a qual prevalecerá a vontade do mais forte (na visão de *Calabresi e Melamed*²⁵⁷, que

²⁵⁴ Como na sociedade estão presentes cooperadores condicionais, o cumprimento voluntário da lei é crucial, por induz à coordenação social.

²⁵⁵ A observação no campo das ciências econômicas ultrapassa a questão da funcionalidade geral das normas legais providas do Estado, para se debruçar na importância das normas sociais (POSNER, Eric A. **Law, economics and inefficient norms**. University of Pennsylvania Law Review, v. 144, 1995, p. 1697.), consistentes nas regras, usos, hábitos, sentimentos, convicções morais e crenças religiosas vigentes em dada época e local que, podendo não ser objeto de tratamento legiferante direto, protagonizam paralelamente à legislação formal.

²⁵⁶ Ver McAdams e Rasmusen (Handbook of Law and Economics, vol.2 Norms and the Law, Capítulo 20, p. 1607). Sobre o tema, Hardin (HARDIN, R. Hobbesian Political Order. Political Theory, v. 19, n. 2, pp. 156-180, 1991) ressalta que a visão hobbesiana contém elementos utilitaristas e contratualistas, com enfoque para a obtenção de equilíbrio constitucional anti-caótico, que permita a governabilidade. Ainda, Buckley e Rasmusen (BUCKLEY, Franck H; RASMUSEN, Eric B. The Uneasy Case for the Flat Tax, Constitutional Political Economy, v. 11, p. 295-318, 2000) discutem o conjunto de incentivos providos pelo sistema tributário para construção do equilíbrio econômico diante da possível superveniência do Estado Leviatã como resultado do contrato social.

²⁵⁷ “(...) the fundamental thing that law does is to decide which of the conflicting parties will be entitled to prevail. The entitlement to make noise versus the entitlement to have silence, the entitlement to pollute versus the entitlement to breathe clean air, the entitlement to have children versus the entitlement to forbid them - these are the first order of legal decisions”. Observe-se que essa formulação rejeita, de forma expressa, a concepção coaseana de que a atribuição inicial de direitos desimporta, pois o mercado irá proceder a melhor alocação em um panorama de ausência de custos de transação. (CALABRESI, Guido; MELAMED, A. Douglas. **Property rules, liability rules and inalienability: one view of the cathedral**. Harvard Law Review, v. 85, n. 6, p. 1089-1128, abr/1972).

contradiz o ponto de vista da alocação eficiente realizada pelo mercado); a reduzir custos de transação; a alocar bens e serviços públicos e guiar a redistribuição da riqueza dentre outros.²⁵⁸

De qualquer sorte, o bom cumprimento da lei é que irá assegurar a realização destes objetivos sociais.

Como bem advertido por *Calabresi*²⁵⁹ e *Melamed*, depois de realizadas opções distributivas de direitos e editadas as leis que as expressam, à sociedade cabe, ainda, *fazer cumprir* tais escolhas, pois a simples formulação de leis estipulando direitos não impede, por si só, o predomínio do '*poder do mais forte*' (*might makes right*). Faz-se necessária a intervenção estatal para que sejam ativados os mecanismos legais de realização do Direito.²⁶⁰

Neste ponto, sem pretender inventariar a inesgotável²⁶¹ questão da definição e essência da lei - que, aliás, perpassa a história da humanidade²⁶² - e de sua relação com a jurisdição, vale detalhar, a título de ilustração, duas visões da teoria econômica a respeito da relação entre norma, seu cumprimento e efeitos sociais, a Nova Economia Institucional e a função de coordenação expressiva das normas.

Douglas North²⁶³, Prêmio Nobel de 1993 e precursor da Nova Economia Institucional, descreveu como as instituições de um país provêm as regras, formais e informais, que facilitam as trocas entre pessoas e organizações. Segundo ele, o ambiente econômico e social é permeado por incertezas, que geram custos de transação, a impactar negativamente as trocas econômicas, desincentivando-as. As instituições, como propriedade privada e contratos, reduzem estes custos de transação e coordenam as atividades humanas, provendo regras,

²⁵⁸ Sem olvidar de outras funções da regra da lei, advogadas por uma miríade de pontos de vista - bastando mencionar as de democratização, legitimação e accountability; realização da justiça e pretensão de correção; instrumento de dominação, segurança jurídica e pacificação social; desenvolvimento econômico e regulação do mercado; proteção de minorias, paternalismo e transformação social, cada qual desdobrável em um caleidoscópio de impactos na vida real de um corpo social (JOHNSON, Kevin R. **Lawyering for social change: what's a lawyer to do?** Michigan Journal of Race & Law, v. 5, 2000, p. 201-229).

²⁵⁹ CALABRESI, Guido; MELAMED, A. Douglas. **Property rules, liability rules and inalienability: one view of the cathedral.** Harvard Law Review, v. 85, n. 6, p. 1089-1128, abr/1972, p 1090.

²⁶⁰ Esta a posição da Nova Economia Institucional, de Douglas North. Ver Parte III, Cap. 1, item 1, especialmente Função da Norma: conduta e incentivos

²⁶¹ MCNOLLGAST. **The political economy of law: decision-making by judicial, legislative, executive and administrative agencies.** In.: POLINSKY, A. Mitchell, SHAVEL, Stephen. (eds.). Law And Economics Handbook, North Holland, 2007. Disponível em < <http://ssrn.com/abstract=1153479>>. Acesso em 19 de maio de 2015.

²⁶² Que, segundo McNollgast, na feição prevalente desde Coke e Hobbes, está relacionada, e à sua obediência, a exequibilidade do contrato social (manutenção do estado de civilização contra a barbárie) e a limitação do poder estatal dele decorrente (lei como proteção dos cidadãos contra o Estado que emana do contratualismo).

²⁶³ NORTH, Douglass. **The Economic Growth of the United States 1790-1860.** New Jersey: Prentice-Hall, 1961; NORTH, Douglass. **Institutions, institutional change and economic performance.** (Political Economy of Institutions and Decisions), Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

formais e informais, que, ao serem cumpridas coativamente, modelam e facilitam as relações de troca e a produção de riqueza.

Instituições seriam as *regras do jogo* de uma sociedade, ou “*os limites humanamente concebidos que moldam a interação humana*”²⁶⁴. Vinculando o passado ao presente, consubstanciam um *guia para a relação cotidiana entre as pessoas*, a orientar suas ações - “*quando cumprimentamos amigos na rua, dirigimos um automóvel, compramos laranjas, emprestamos dinheiro, montamos uma empresa.*”²⁶⁵ Compostas por leis e constituições impostas por um governo ou agente com poder de coerção (instituições *formais*), e pelo conjunto de tradições e códigos de conduta formados no seio da sociedade (instituições *informais*), orientam a existência e os objetivos das *organizações*, sejam elas políticas (prefeituras, partidos políticos), econômicas (empresas), sociais (igrejas, clubes) ou educacionais (universidades).²⁶⁶

Em sua concepção, a matriz institucional de um país, ou o conjunto de regras com aptidão para cumprimento espontâneo ou imposição coativa, tem capital influência para o seu desenvolvimento²⁶⁷. O crescimento consistente e prolongado exige solidez da matriz institucional que claramente assegure a fruição e a destinação do resultado dos investimentos e das atividades produtivas²⁶⁸, através do respeito à liberdade de ir e vir e religiosa, à propriedade privada e aos contratos.

O propósito das regras é definir de que forma o jogo será jogado (matriz institucional), e o objetivo das equipes (organizações) é, através daquele conjunto de regras, jogar e ganhar o jogo. Organizações econômicas, sociais e políticas se relacionam entre si e com a matriz institucional, interação de que resulta a evolução institucional e o desempenho econômico ao longo do tempo.²⁶⁹

²⁶⁴ NORTH, Douglass. **Institutions, institutional change and economic performance**. (Political Economy of Institutions and Decisions), Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 3

²⁶⁵ Ibidem, p. 4

²⁶⁶ Ibidem, p. 36-46

²⁶⁷ A noção de desenvolvimento econômico supera a do simples crescimento, perpassando as exigências de quantificação da riqueza econômica, como a traduzida pelo PIB (Produto Interno Bruto), para buscar a qualidade e o bem-estar. Como explica Roberto Campos, “o conceito de desenvolvimento implica transformações mais amplas, de natureza institucional, cultural e social. Aí já se incluíam conceitos como sustentabilidade, estabilidade, viabilidade ecológica, distribuição de renda etc.” (...) “Hoje, já ninguém confunde aumento da produção com melhoria do bem-estar social. Mede-se o desenvolvimento com uma bateria de indicadores sociais que vão da mortalidade infantil ao exercício das liberdades cívicas... O crescimento econômico pode ocorrer espontaneamente pela interação das forças do mercado, mas o desenvolvimento social é fruto de uma ação política deliberada”

BIDERMAN, Ciro [et al]. **Conversas com economistas brasileiros**. Celso Monteiro Furtado. São Paulo: Editora 34, 1996, p. 43/44 e 65.

²⁶⁸ GALA, Paulo. **A Teoria Institucional de Douglass North**. Revista de Economia Política, v. 23, n. 2, p. 89-105, abril-junho 2003. Disponível em <<http://www.rep.org.br/pdf/90-6.pdf>>. Acesso em 19 de maio de 2015.

²⁶⁹ Ibidem, p. 103.

Pois bem, o comportamento humano está, para o que aqui interessa, sob a influência de regras formais, como as leis, e informais, como o costume. Segundo *North* a credibilidade das regras *formais* pode ser enfraquecida porque as instâncias responsáveis pela definição das instituições sofrem limitações, como sujeição à influência de grupos de interesses (captura). Desse modo, “*a autoridade de uma regra está atrelada à capacidade do Estado em obrigar as pessoas a obedecê-la, o chamado enforcement*”.²⁷⁰

Outro interessante ponto de vista é o da função de coordenação expressiva das normas. Já foi dito que “*ações são expressivas, carregam significados*”²⁷¹. Sob essa perspectiva, o conteúdo normativo de uma regra tem a aptidão de induzir o cumprimento das obrigações por ela instituídas independentemente de possíveis consequências negativas, provendo um ‘ponto focal’ que permite a coordenação.²⁷²

McAdams e Rasmusen ressaltam que a Economia é particularmente afeiçãoada ao endereçamento da questão dos mais diversos incentivos, ainda que distintos dos fornecidos pelo preço de bens ou pela ameaça da força coativa Estatal - incentivos como culpa, orgulho, estima ou desaprovação, que *subjazem aos comandos legais emanados do Estado*²⁷³ e que, arraigados na espécie humana, ensejam abordagem biológica.

Desse modo, além das sanções e consequências previstas legalmente, a coordenação social e os comportamentos humanos são grandemente modulados pelo “sancionamento” provindo das normas sociais vigentes em dada época e local, como o sentimento de gratidão ou de culpa. Ainda conforme *McAdams e Rasmusen*, há incentivos externos derivados das normas sociais, que podem ser positivos, como os decorrentes da boa reputação ou de atos de heroísmo na sociedade norte-americana²⁷⁴, ou negativos, como insulto, ostracismo social, mexerico (*gossip*), boicote econômico e exclusão, destruição da propriedade e atos de violência.²⁷⁵

²⁷⁰ Ver a tese de doutorado. MIRANDA, Augusto Rubens. Governança: um índice para as unidades federativas brasileiras. Tese de doutorado apresentada como requisito para obtenção do título. Belo Horizonte, 2012. Disponível em <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8ZSM6J/rubens_miranda.pdf?sequence=1>. Acesso em 19 de maio de 2015.

²⁷¹ SUNSTEIN, Cass. **On the expressive function of law**. 1996. Disponível em <http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3526&context=penn_law_review>. Acesso em 19 de maio de 2015.

²⁷² Estudos de psicologia social e de economia sugerem que a regulação de comportamentos obtida pela legislação não decorre unicamente da estrutura de incentivos, mas também da sinalização que as normas emitem, vez que a simples afirmação do que é vedado ou permitido gera efeitos sobre a sociedade, independentemente da aplicabilidade da sanção prevista ou imposta via coação institucional (GALBIATI, Roberto; VERTOVA, Pietro. **How laws affect behavior:** obligations, incentives and cooperative behavior. *International Review of Law And Economics*, v. 38, jun/2014, p. 48-57.)

²⁷³ MCADAMS, Rasmusen. **Handbook of Law and Economics**. Norms and the Law, vol 2, cap 20, p. 1577

²⁷⁴ Dentre diversas organizações ver Heroes Memorial Foundation, Inc (www.heroesmemorial.org).

²⁷⁵ MCADAMS. Op. Cit., p. 1578-1581

Contudo, normas sociais em geral não se desenvolvem independentemente da lei formal em sociedades complexas, e não independem da interpretação que as instituições lhe conferem - e o faz por excelência a jurisdição. Este entrelaçamento dos costumes sociais com a lei e a interpretação institucional colabora na moldagem e reformulação de normas sociais, estando presente em sua dinâmica histórica. Ademais, a confirmação da validade de normas em casos concretos, procedida pelo aparato coativo estatal, garante a sua aplicabilidade espontânea em casos futuros.

Então, reivindicar que a lei guarda mútua interrelação com as normas sociais é plausível pois, como afirma *Sunstein*,²⁷⁶ “*normas sociais predominantes, como preferências e crenças, não são concedidas pressocialmente, mas são o produto de um complexo conjunto de forças sociais, possivelmente incluindo a lei*”. Do mesmo modo pensa *North*, para quem as instituições, ou regras *informais*, não estão escritas e são mais duradouras, relativamente às formais - a ação coercitiva do Estado tem pouca influência sobre costumes e valores²⁷⁷ - sendo que muitas regras informais acabam se transformando em formais, o que ocorre quando a tradição se transforma em lei.

E assim que leis podem ser concebidas para produzir mudanças em normas sociais, mesmo que através da “*declaração*” ou “*expressão*” que enunciam, independentemente de feitos concretos diretos, dissuasórios ou sancionatórios, que possam gerar - ou seja, seu fundamento está vinculado à integridade, compromisso, a narrativa da continuidade da vida (*the narrative continuity of a life*) e o sentido individual e social da conduta pessoal. “*Pois a dimensão expressiva de uma ação pode ser uma importante razão para a ação*”²⁷⁸.

*Sunstein*²⁷⁹ defende que o significado social de ações humanas é determinado, em grande parte, em função das normas sociais existentes em dado instante histórico - o que expressa a maneira de vestir, o sentido não verbal de gestos e costumes, o que diz do orador os vocábulos por ele utilizados, ou a maneira em que são verbalizados, e os julgamentos que ele externaliza etc. Pessoas podem “dizer” e “ouvir” coisas através de suas condutas - e chega a ser dispensável argumentar o quanto a necessidade de se expressar integra a natureza humana. O mesmo se diga a respeito das leis. Se as ações carregam significados, que são “filtrados” ou

²⁷⁶ SUNSTEIN, Cass. **On the expressive function of law**. 1996. Disponível em <http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3526&context=penn_law_review>. Acesso em 19 de maio de 2015, p. 2026

²⁷⁷ MIRANDA, Rubens. **Governança**: um índice para as unidades federativas brasileiras. Tese de Doutorado apresentada como requisito parcial de obtenção do título. Belo Horizonte, 2012. Disponível em <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8ZSM6J/rubens_miranda.pdf?sequence=1>. Acesso em 10 de maio de 2015, p. 25

²⁷⁸ Ibidem, p. 2027.

²⁷⁹ Ibidem, p. 2022.

traduzidos pelas normas sociais, também a lei é encharcada de sentido. Menciona o autor que, no direito americano, *para além de efeitos práticos de dissuasão* - e os dados empíricos são controversos a respeito - é possível que a justificação da pena capital esteja calcada meramente em seu poder de *simbolicamente expressar a reprovação do ato*, e o entendimento de que *há um curso de ação derivado da supressão da vida de outra pessoa*.

Olhar para o passado pode ser uma maneira privilegiada de perceber como as normas sociais influenciam a lei formal, e, ao mesmo tempo, como esta última se torna mero registro histórico quando deixa de ser litigada ou descola de seu contexto. Melo²⁸⁰ fornece dezenas de exemplos bastante curiosos de tais leis, forjadas no passado dos USA, muitas das quais ainda se encontram formalmente válidas mas não são aplicadas: proibição de “*se esfaquear com o fim de fazer alguém sentir pena*”; de promover “*lutas de ursos*”; de “*jogar dominó aos domingos*”; de “*cantar desafinado*”; de “*mentir sobre o seu signo astral*”, ou sobre a previsão do tempo; de “*acordar um urso com o fim de tirar uma fotografia*” (conquanto não seja ilegal atirar nele). Ainda, “*a pena de prisão para quem cortar um cacto é de até 25 anos*”, não sendo permitido “*usar suspensórios*” ou “*jogar cartas com índios na rua*”. Em Blythe “*só tem permissão para usar botas de cowboy quem tiver pelo menos duas vacas*”.

Desse modo, apropriando-se das palavras de Araújo²⁸¹, para além da importante função de coordenação social, de guiar condutas dos integrantes de dada sociedade, incentivando comportamentos socialmente úteis e sancionando comportamentos socialmente lesivos - “*seja de forma suave com a colocação de incentivos no caminho dos agentes económicos, seja da forma mais imperativa do comando, da ordenação de preferências e de condutas*” - a legislação exerce ainda outra tarefa ligada ao espectro de coordenação, mais passiva, porém “*não menos operante*”, que é a de “*facilitar a coordenação espontânea e de concitar a adesão maioritária de condutas através de uma simples ‘função expressiva’, limitando-se a revelar, de forma aglutinada, estruturada e inteligível, os valores e padrões de conduta prevalentes no meio social - ajudando em suma à consagração dos usos*”²⁸².

Assim, para além dos custos, ganhos e sanções que afetam os destinatários das normas, e, ainda, paralelamente à interiorização de valores jurídicos que serão convertidos em motivações morais de conduta²⁸³, destaca Araújo o código partilhado provido pelo Direito, a

²⁸⁰ MELO, João Ozório. Leis ‘Estranhas’ dos UA Servem de Referências Históricas de Várias Épocas. Consultor Jurídico, 31/12/2014, disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-31/leis-estranhas-eua-servem-referencias-historicas>>, Acesso em 1/1/2015. O autor apresenta vasta coleção de exemplos, discriminadas por Estados americanos.

²⁸¹ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 124 e seguintes.

²⁸² ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 124.

²⁸³ Ibidem.

expressão de regras do jogo que permite coordenar condutas *por sua expressividade mesma*, pela formação de um meio de comunicação e de partilha de conhecimento, *“através do qual seja possível a cada um comprovar que da parte dos outros existe reciprocidade de condutas, a mesma reciprocidade através da qual se sedimenta a confiança e se pode esperar alcançar credivelmente um equilíbrio auto-disciplinado”*.²⁸⁴

Destaque-se a função da lei para além da *“coordenação pura”*, mirando os efeitos que *dispensam a figura de um adjudicador* - o direito ‘silencioso’, por assim dizer, implícito no equilíbrio cotidiano, anuído como necessidade instrumental e incorporado às práticas habituais, compreendendo os contratos tácitos rotineiros (o rito de comprar o jornal em uma banca) e a organização coletiva (a compreensão de como se portar no trânsito), e que portanto funciona ao longo da sociedade independentemente do pronunciamento, caso-a-caso, dos tribunais.

Todavia, essa *“indução generalizada de condutas auto-disciplinadas ou espontaneamente equilibradas em torno de uma tendência maioritária”*,²⁸⁵ em que se passa do reconhecimento recíproco do acatamento ótimo, à convicção do acatamento generalizado das ‘regras do jogo’, ou, em outras palavras, a conquista de que o Direito opere socialmente independentemente da necessidade da intervenção do Judiciário em cada caso concreto, não se obtém sem a atuação dos tribunais em algum ponto, ou que a jurisdição esteja alijada da formação, manutenção e fortalecimento de tal efeito. Porque em algum momento dessa dinâmica a presença do Poder Judiciário, ou as imposições por ele perpetradas ao interpretar o Direito e aplicá-lo à sociedade em casos concretos, demonstra e consolida as consequências jurídicas de fatos e ações do mundo fenomênico, sinalizando o significado jurídico das condutas, retocando e explicitando os preceitos normativos²⁸⁶.

²⁸⁴ É possível tentar uma aproximação deste pensamento com a Constituição Inglesa na common law, que parece envolver a função expressiva do direito na identificação do que consistiria o “costume comum”, tal como vivenciado pelos habitantes do Reino Unido, e de quais seriam as práticas compartilhadas pelo povo inglês desde tempos imemoriais - qualificadas, naturalmente, pela consciência de sua validade e acatamento geral - distinguidas de outras que somente representariam hábitos de regiões particulares, excluídas da common law por não serem objeto de convicção de acatamento generalizado sobre todo o Reino. O foco repousa não sobre a gênese do Direito, mas sobre sua permanência no tempo e sua efetiva recepção e aprovação no Reino Unido (integração de costumes), resultando na incorporação de regras ou máximas ao temperamento da nação, enraizada na mentalidade coletiva e dependente de sua efetiva utilização histórica. (VICTOR, Sérgio A.F. *Diálogo Institucional, Democracia e Estado de Direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição*. Tese de doutorado em Direito do Estado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 204p, 2013, p. 18-28). Ver também: POSTEMA, Gerald J. *Philosophy of the common law*. In: COLEMAN, Jules e SHAPIRO, Scott. *The Oxford handbook of jurisprudence & philosophy of law*. New York: Oxford University Press, 2004, p. 588-622, p. 590-91.

²⁸⁵ ARAÚJO, op. cit., p. 131.

²⁸⁶ Ver II Parte, Cap. 2, item 2.2. Poder Judiciário e interpretação da lei.

Mesmo porque a adoção de determinada conduta depende da prevalência, ou da percepção de prevalência, de condutas conformes. Acima de determinada proporção entre violadores e cumpridores, violar gera mais ganhos do que acatar a norma, e a forma com que se exerce a jurisdição em determinado âmbito pode colaborar para a estabilização da desobediência legal.²⁸⁷

Em suma, a eficiente dicção do direito pelos Tribunais irá interferir na eficiência da coordenação social (regulação, incentivos, sanções, ou “*alteração da matriz de custos e benefícios associáveis a um acto*”)²⁸⁸, como também no aumento do autogoverno da sociedade, independente e autônomo da figura do juiz, resultante da sobredita função expressiva. A falta de precisão na jurisdição, opostamente, reduz a dissuasão de comportamentos socialmente indesejáveis: jurisdição pouco precisa, com muitos erros, falsas condenações e absolvições, irá alocar de forma incoerente os incentivos estabelecidos por lei, redundando, também, na emissão de falsos sinais e na da força coercitiva do ordenamento, com mais ilícitos sendo cometidos.²⁸⁹

2.2.2 Poder Judiciário e interpretação da lei

É intuitivo que nem todas as jurisdições aplicam de forma idêntica o mesmo corpo de leis, e as perceptíveis oscilações no estilo próprio com que adjudicadores procedem - com maior ou menor rigor sancionatório, com maior ou menor grau de acerto ou acuidade, e com maior ou menor frequência - têm acentuada importância no modo como agentes percebem e se relacionam com os mandamentos legais. A percepção, pelos indivíduos, da incidência de grande margem de erro jurisdicional - falsas procedências ou improcedências - pode distorcer o sentido da lei, desvirtuando os conjuntos de incentivos por ela providos. Se a lei é vista do modo como aplicada pelos tribunais, a dicção muito *imprecisa* poderá *esmaecer* os contornos do regramento jurídico, dando margem ao oportunismo.

Ademais, pode-se afirmar o liame entre a probabilidade de aplicação das leis e o respeito voluntário às determinações de autoridades estatais, que, além de contar com forte elaboração teórica, goza de confirmação empírica. Do mesmo modo, a ‘*má*’ aplicação da legislação reduz a margem de obediência. A ausência de sinalização certa, pelo Poder Judiciário, de quais comportamentos ilícitos, sob que circunstâncias, irão gerar

²⁸⁷ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 132, gráfico.

²⁸⁸ Ibidem, p. 130.

²⁸⁹ Ver III Parte, Cap. 1, item 3.2, A) Dissuasão.

responsabilização, poderá erodir a força de coordenação e a função expressiva de coordenação da lei.

O exercício da jurisdição identifica fatos jurídicos, aponta a sua relevância, define conteúdos normativos e estabelece qual a legislação aplicável - e deste modo regula comportamentos. Apreender o sentido da lei, e com isso a sua adequabilidade aos fatos jurídicos, marca a essencialidade da tarefa interpretativa. A este respeito, a Teoria Política Positiva (*Positive Political Theory - PPT*)²⁹⁰ oferece valiosos insights.

Conforme síntese de *McNollgast*²⁹¹, suponha-se que, em determinado momento, dada sociedade tenha herdado a *compreensão compartilhada* do que significa a lei (Lo). Essa compreensão poderá sofrer focos de incerteza, sejam eles teóricos ou oriundos da sua aplicação a situações da realidade, novas ou complexas. Estes períodos de incerteza fazem com que cada membro da sociedade (i), acredite que a lei seja, na verdade, não apenas o que ela enuncia, mas sim *a soma do que a lei efetivamente é, mais a incerteza sobre o que os demais membros da sociedade acreditam seja ela (ou seja, Lo + ui*, sendo (u) uma variável randômica).

Aquela sociedade irá, então, determinar quem irá participar na interpretação (ui) e na modificação (Lo) da lei, de modo a debelar tais incertezas. Observe-se que a interpretação terá a função de *reduzir a variação, ou a volatilidade*, de (ui), de modo a que se recupere e *reforce a compreensão compartilhada* do que é a lei (Lo), necessária ao convívio em sociedade. A pergunta “*quem deve ter a autoridade para interpretar a lei?*” deve ser respondida com o apontamento da instituição que provavelmente permita que o significado legal (Lo), dinâmico, seja recomposto e explicado de forma mais pronta e clara.²⁹²

Segundo este ponto de vista, o Judiciário, no exercício da função estatal de interpretar a lei, reduz focos de incerteza relativamente à compreensão da lei, restaurando o significado compartilhado das regras legais e interferindo no comportamento dos membros da sociedade. Pode-se supor que a capacidade de *melhor apreender fatos e captar o sentido da lei*, mediante a provisão de decisões mais *acuradas*, irá interferir positivamente na *precisão* da compreensão compartilhada do que significa a lei (Lo). Além disso, o exercício dessa

²⁹⁰ A Positive Political Theory (PPT) começou a ser aplicada na década de 1980, tendo por objeto o estudo o direito público. Na presença de informação imperfeita a permear as escolhas públicas, seus teóricos buscam examinar como regras e procedimentos formatam políticas públicas, e se seus resultados são eficientes; como a estrutura e o processo de tomada de decisão nos órgãos de poder público influenciam a criação e transformação da lei; como se dá o processo eletivo; se a legitimação democrática é efetivamente alcançada etc.

²⁹¹ McNOLLGAST. The Political Economy of Law. Handbook of Law and economics, v. 2, edited by POLINSKY, A. Mitchell; Shavell, Steven. Elsevier, B.V., 2007, pp. 1651-1738. p. 1657).

²⁹² Prosseguindo com o raciocínio, iremos responder a questão “quem deve ter a autoridade para criar a lei” como sendo a instituição que melhor possa, presumivelmente, mover a lei de Lo na direção de L* - sendo L* a lei ótima, ou a melhor formulação legal teórica concebível, ainda que, na prática, inalcançável.

importante função social ressalta a importância da amplitude da consciência dos fatores que interferem com a eficiência social da lei, no momento de sua interpretação e aplicação aos casos concretos.

2.3 Congestionamento do sistema judicial

Se unidades de prestação de serviços públicos judiciais, marcadas pela escassez (finitude) e rivalidade de uso, podem sofrer *congestionamento*, então a *quantidade de atenção* que será destinada *a cada litígio* se torna crucial. Da quantidade de tempo despendido a cada processo depende a boa distribuição da estrutura escassa. Pois parece intuitivo que o “*tratamento ouro*”, com a máxima margem para apuração de fatos e o mais amplo debate jurídico possíveis, não será estendido a todo e qualquer litígio, senão ao custo de intolerável demora dos demais, até a exaustão do bem público.

Logo, a escolha *legal*²⁹³ do *grau precisão judicial* delimita a atenção que cada série de litígios irá receber neste ambiente marcado pela rivalidade de uso, em que despender mais tempo e recursos em um determinado processo se fará em detrimento da atenção destinada a outros casos. Decidir em que medida o processo legal se torna o “*devido*” a cada caso, correspondente a adequação do processo às garantias constitucionais e aos objetivos buscados pela parte mas sem descuidar a finitude do sistema. O aumento de precisão para casos envolvendo interesses mais relevantes implicará na correspondente alocação da estrutura judicial a este litígio, e vice-versa, com ampliação de eficiência

A existência de fantástico estoque de processos judiciais, um para cada dois cidadãos brasileiros,²⁹⁴ agregada às dificuldades inclusive para o julgamento eficiente das causas singelas,²⁹⁵ constitucionalmente atribuídas a tribunais céleres (Juizados Especiais Cíveis), compõe cenário judicial com contornos de *tragicidade*.

A *tragédia*, aqui, equivale à congestão, que atrapalha as finalidades dos serviços públicos judiciários, identificáveis como bens comuns ou baldios. Como explica Araújo, baldios compartilham de algumas características: “*bens que, sendo de acesso livre, ou de acesso dificilmente restringível, contudo geram, entre aqueles que a eles têm acesso, problemas de*

²⁹³ Ver I Parte, Cap. 3, item 3. A lei como determinante do grau de precisão.

²⁹⁴ BRASIL. CNJ. **Justiça em Números**: 2013, ano-base 2012. Brasília, 2013. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relatorio_jn2013.pdf>. Acesso em 24 de maio de 2014, p. 305). No ano de 2012 o estoque de processos em tramitação no Brasil somava 92.234.282.

²⁹⁵ Como pode ser visto em: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Diagnóstico sobre os Juizados Especiais Cíveis**: Relatório de Pesquisa. Brasília, 2013. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/poder-judiciario/Diagnostico_sobre_Juizados%20verso%20chamada%20pblica.pdf>. Acesso em 24 de maio de 2014.

rivalidade no uso, no sentido de que a utilização que é dada por cada um pode conflitar, ao menos a partir de certo nível de intensidade, com a utilização que fica disponível para os demais”²⁹⁶

No caso dos serviços judiciais, o a) livre acesso, que gera incentivos para a sobreutilização dos tribunais (sob o ponto de vista do jurisdicionado, é racional ampliar a utilização do Poder Judiciário, ainda que para se expor a chances aleatórias ou adiar a satisfação de compromissos, por vezes incentivado por decisões randômicas e subsídios de custos de acesso), combinado com a b) rivalidade de uso (litigantes competem entre si pela atenção do julgador), resulta em problema endêmico de c) congestionamento da estrutura judicial (exaustão), d) em detrimento de sua função pública originalmente assinalada, de prestação jurisdicional efetiva.

Ainda como ensina Araújo²⁹⁷, o termo ‘*tragédia*’ foi empregado pelo ecologista Garrett Hardin, que tratou do tema pioneiramente em 1968, no artigo intitulado *The Tragedy of the Commons*. Aludindo à “*solemnity of the remorseless working of things*” (Alfred North Whitehead), ou “à imutabilidade de uma situação indesejada”, a definição remete à “*consequência extrema de congestionamento e colapso na utilização de recursos [comuns]*”, que reflete o colapso de coordenação.

Características negativas, como congestionamento e exaustão, são inerentes a *bens públicos*, o que torna crucial a conscientização de quais são os limites do sistema e as possíveis ações coordenadas para assegurar o acesso e a permanência de litigantes no judiciário de forma planejada, sem que o atendimento de um ou alguns implique na negação do direito de outros ou da maioria, pela excessiva demora. E, principalmente, sem que a ideia de acesso amplo e indiscriminado ao ‘*pacote integral*’²⁹⁸ de serviços providos pelo Judiciário, para solução de toda e qualquer pendência ou incidente, por mais que dela não se extraíam benefícios que transcendam às partes envolvidas, virá em prejuízo outras finalidades, como a sublitigância de áreas do direito que necessitam de desenvolvimento.

Este quadro requer o emprego de soluções que resultem em maior eficiência judicial - justiça mais rápida e barata e com o mínimo de perdas de precisão, ou “*com perdas de*

²⁹⁶ ARAÚJO, Fernando. **A tragédia dos baldios e dos anti-baldios: o problema económico do nível óptimo de apropriação**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 61-109.

²⁹⁷ Ibidem, p. 61-62.

²⁹⁸ POSNER, Richard. **What Do Judges Maximize?** (The Same Thing Everybody Else Does). John M. Olin Law & Economics Working Paper n. 15, 2D Series. Disponível em <http://www.law.uchicago.edu/files/files/15.RAP_Judges.pdf>. Acesso em 19 de maio de 2015.

qualidade apenas aonde a dimensão qualidade é menos importante”²⁹⁹. Vale dizer, com redução da precisão aonde a precisão é menos importante, sem prejuízo de elementos essenciais ao serviço. Passo necessário a essa aproximação envolve distinguir antagonismos (custos e benefícios) e destacar quais dimensões qualitativas são, embora normativamente desejáveis em um mundo ideal, dispensáveis ou incompatíveis com a realidade do sistema de prestação da justiça.

Posner,³⁰⁰ ao comparar os serviços público e privado de resolução de conflitos, destaca que o Judiciário, contrariamente aos Tribunais Arbitrais e julgadores privados, oferece um ‘pacote’ completo e indissociável de serviços judiciais, que pode ir além das necessidades e requerimentos das partes. Essa gama completa obriga a prestação de serviços ainda quando as partes não o desejem, e sua dispendiosa obrigatoriedade acaba conduzindo ao oportunismo. O processo judicial exige o regramento do caso concreto através de procedimentos garantidos para a emissão de decisões fundamentadas, interpretação de provisões constitucionais, regras e regulamentos, tomada de depoimentos, análise de pontos secundários e incidentais, conjunto indissociável de tarefas que permanece a espera daquelas partes que não logram obter de outra forma a pacificação - o que acarreta que, em algumas áreas, a justiça privada, porque exercível de forma mais enxuta ou *pontual*, possa competir com a justiça pública, mesmo sendo esta última grandemente subsidiada.³⁰¹

Pois bem. Uma das maneiras de justificar esta pontual redução na precisão judicial é proceder a um exercício mental do preço que a busca de exatidão cobra do sistema judicial, da sociedade e dos jurisdicionados, sendo o mais intuitivo deles a congestão e a demora, que refletem a colisão entre princípios constitucionais, como o do direito de ação (que supõe que o processo possa regularmente tramitar e chegar ao fim), da eficiência, do devido processo legal

²⁹⁹ COCHRANE, John H. **After the ACA: freeing the market for health care**. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=2213027>>. Acesso em 19 de maio de 2015. Guardadas as devidas distinções, no setor privado Cochrane inventaria como a inovação, combinada com a racionalização de custos, têm possibilitado a transformação da concorrência em alguns setores, como no transporte aéreo low fare, levada a cabo mediante criteriosa escolha dos pontos em que a qualidade poderia ser reduzida sem prejuízo de elementos essenciais ao serviço, permitindo a popularização de transporte aéreo - dramaticamente mais em conta do que na década de 70 - com manutenção dos níveis de segurança que a atividade requer, considerada a presença de concorrência no setor como essencial à obtenção de tais resultados que aprimoram o bem comum.

³⁰⁰ POSNER, op. cit.

³⁰¹ Além da consequência acima ressaltada, relembre-se que os resultados esperados deste ‘pacote obrigatório’ de serviços públicos judiciais não são, pela mesma razão, passíveis de avaliação de pronto, e os procedimentos judiciais acabam tendo reduzida accountability. Concorrência não funciona bem quando os consumidores de uma indústria não estão aptos a determinar, ainda que grosso modo, a qualidade do produto oferecido pelos prestadores, sendo que tal impossibilidade mais aumenta quanto maior a discricionariedade jurisdicional. Posner, obra citada, p. 7-8.

e o da duração razoável do processo, que, não sendo, por natureza, ilimitados, necessitam ser prudentemente ponderados.

Porque, nos dizeres de *Miranda*,³⁰² “*estando frente a dois bens jurídicos, um deles tem que ser sacrificado, ou um e outro têm de ceder algo para poderem subsistir – eis uma relação de custos e benefícios*”. No entanto, prossegue, não somente se registram violações por excesso, mas opostas por incumprimento de deveres de proteção pelo Estado, ou por excesso de proteção, quando o Estado conceda a certa categoria proteção desproporcional em face de interesses constitucionalmente protegidos.

No extremo, consequências derivadas da exaustão judiciária podem levar ao *aniquilamento do direito de ação* e do próprio direito substantivo das partes.

Como custos não são lineares entre os diversos agentes, alguns litigantes não poderão cobri-los, o que virá em sacrifício de seus direitos. Algumas partes, mais sensíveis à urgência, enfrentam custos particularmente atroz, gerados por um sistema em congestão que não consegue estabelecer prioridades: o *red tape*, combinado com a impossibilidade de esperar, em um sistema inoperante ou burocrático, favorece malefícios que vão da desistência ou alienação do direito (ou da cessão onerosa do direito) à corrupção.

*Polishchuk*³⁰³ apresenta o impasse que acomete as partes mais sensíveis à urgência ao abordar o tema ‘*economia da corrupção*’. Procedimentos para tomada de decisão pública, como o processo judicial, são burocráticos, envolvendo diversas providências que se protraem no tempo. Teoricamente, a exigência burocrática excessiva - que envolve a necessidade de apresentar requerimentos, processar papelada e suportar atrasos - abre margem à corrupção, que pode ser utilizada como um dispositivo de triagem, pois resolve assimetria informativa. Para pessoas com maiores meios, cujo tempo seja mais valioso, e/ou aqueles com maior necessidade de serviço urgente, abre-se oportunidade de acelerar seu processo por meio da corrupção. O raciocínio se aplica também à parte que estiver, premida pelo tempo, envolvida em processo judicial complexo e repleto de etapas, que tramita lentamente devido à congestão.

Pois bem, aos jurisdicionados sensíveis à urgência que não detiverem instrumentos para sustentar a corrupção, ou que litigam em um meio judicial não receptivo a ela, restaria, como única alternativa à premência, a cessão onerosa de direitos em litígio, com a formação de

³⁰² MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo IV, Coimbra, Coimbra Editora, 5a. ed., 2012, p. 308-310.

³⁰³ POLISHCHUK, Leonid. **Public Economics Course**. Department of Economics, Higher School of Economics. Coursera Org., Mai/2014, Lecture 5-5-5.5. Disponível em <<https://pt.coursera.org/course/publiceconom>>. Acesso em 19 de maio de 2015.

um *mercado* de aquisição de direitos com deságio. É o que demonstra a pesquisa Diagnóstico sobre os Juizados Especiais Cíveis, coordenada pelo CNJ:

“[...] a partir dos relatos dos pesquisadores de campo do Ceará, podemos constatar que nesse estado, devido ao grande número de remarcações das audiências de instrução e julgamento, a parte acaba aceitando o acordo, pois na maioria dos casos é a única possibilidade de resolução do conflito.”³⁰⁴

Também por este motivo a legislação processual regula o grau de ‘intensidade procedimental’, ou a dosagem de atenção a ser dedicada a cada gama de disputas, com o qual serão decididos os pedidos, limitando o princípio do devido processo legal em prol do funcionamento da máquina judiciária e da preservação de diversos outros valores.

Para além dos amargores *sociais* da deficiência de coordenação alocativa, tenha-se que nem sempre a vazão de informações para os autos, que agrava o congestionamento, resulta em correspondente vantagem privada *às próprias partes* que integram a relação processual. O excesso de informações ou de diferenciação será ineficiente quando dele não resultar equivalente melhora nos julgamentos.³⁰⁵ Segundo *Cooter e Rubinfeld*,³⁰⁶ *o equilíbrio entre o custo de informações adicionais e o benefício da redução de erros judiciais é questão normativa central nas discussões sobre procedimento judicial*.

De outra parte, efeitos de coordenação social exigem que sanções sejam aplicadas com *frequência*, inibindo comportamentos ilícitos. Isso significa que nem sempre se poderá resolver o problema da *exaustão* exclusivamente pela *restrição* de acesso ao Judiciário, sendo bastante pertinente que o sistema legal brasileiro possa abrir espaço para a apropriação dos benefícios sociais do *enforcement* privado, mantendo a frequência de sanções.

Do que foi exposto, pode-se concluir que a legislação regula a porção da atenção a ser dedicada a cada série de disputas, estabelecendo o quanto de processo legal é *devido*. Opção consciente e planejada sobre o grau ótimo de precisão judicial beneficiará tanto as partes em

³⁰⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Diagnóstico sobre os Juizados Especiais Cíveis**: Relatório de Pesquisa. Brasília, 2013. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/poder-judiciario/Diagnostico_sobre_Juizados%20verso%20chamada%20pblica.pdf>. Acesso em 24 de maio de 2014, p. 23.

³⁰⁵ Por isso a legislação processual limita a produção de provas àquelas que forem necessárias, não tendo as partes o direito indiscriminado de produzi-las. Como exemplifica Vermeule (VERMEULE, Adrian. *Judging under Uncertainty*. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 108.), nem sempre mais informação produz decisões mais acuradas. Regras legais, como as que restringem a admissibilidade de provas escabrosas (*lurid*) ou prejudiciais (*prejudicial evidence*) em julgamentos pelo tribunal do júri no direito norte americano, repousam na premissa de que certos tipos de informação são particularmente distorcidas, inflamatórias ou onerosas se consideradas por um adjudicador com limitada capacidade de absorver e avaliar a informação.

³⁰⁶ COOTER, Robert D.; RUBINFELD, Daniel L. **Economic Analysis of the Legal Disputs and Their Resolution**. *Journal of Economic Literatures*, vol. 27, n. 3, p. 1067-1097, 1989.

litígio, quanto terá impacto positivo no combate ao congestionamento do sistema judicial, possibilitando a coordenação e aumentando o bem estar social. Ainda, irá garantir a satisfação de outros valores, como o direito de ação, especialmente em relação aos litigantes com mais urgência.

Ainda, algumas questões de direito material seguem necessitando ser litigadas para provocar a manifestação judicial, que, construindo a jurisprudência, irá ampliar a compreensão compartilhada da lei³⁰⁷, sinalizando a direção do comportamento desejado.

2.4 Cumprimento, sanção e precisão da decisão judicial

O Poder Judiciário, no exercício reiterado da função judicante, *sinaliza* à sociedade não somente qual o correto significado da lei, mas também *a aptidão de fazê-la cumprida*. É dizer, importa a apuração precisa de fatos - ser capaz de identificar e distinguir condutas, apontado corretamente os seus responsáveis - e a aplicação frequente das sanções legais. A *precisão* judicial pertine à capacidade de repercutir a distribuição de incentivos da lei, ou de participar do legado da função expressiva de coordenação: acertadas decisões judiciais inibem atividades ilícitas,³⁰⁸ que geram externalidades negativas, sem, todavia, dissuadir as atividades lícitas, promotoras de bem estar social.

Para atingir objetivos, o sistema legal depende de diversos condicionantes, como a extensão em que o aparato coativo estatal ou a sociedade são capazes de detectar infrações, levando-as a julgamento, a severidade das sanções e a frequência de sua aplicação, a sinalização de aptidão para comprovar fatos e distinguir comportamentos etc.

Por isso, *Kaplow*³⁰⁹ busca relacionar de que forma os problemas de imprecisão judicial afetam o desenho apropriado dos outros elementos do sistema legal. É dizer, relacionar a gradação das sanções; o aparato estatal de fiscalização, cumprimento e coação (*enforcement*); e a *precisão judicial*.

Suponha-se que indivíduos irão incidir em ilegalidade caso os benefícios daí derivados excedam as sanções legais esperadas. Logo, o *aumento na severidade das sanções*,

³⁰⁷ Ver, neste capítulo, o item 2. Interpretação da lei e vivificação do Direito.

³⁰⁸ Fora do escopo do presente trabalho, há diversos outros fatores que afetam o cumprimento da lei, como programas públicos e sociais (treinamento profissional para indivíduos de baixa renda, que afetam o custo de oportunidade para o crime) e o comportamento privado (porte de arma e uso de equipamentos de segurança para proteção patrimonial). Ver Kaplow e Shavell, *Economic Analysis of Law*, p. 66, que refere bibliografia sobre políticas públicas - Donohue e Siegelman (1998) e Wilson e Herrnstein (1985) - e sobre comportamento privado e crime Ayres e Levitt (1998), Cook et al. (1995), Lott e Mustard (1997), e Shavell (1991c).

³⁰⁹ Accuracy in adjudication, p. 309; 346 e seguintes.

se constante a frequência de sua aplicação, irá acarretar na redução de atos lesivos, pois será afetada a relação de utilidade para o agente.

Para garantir a frequência da imposição sancionatória, o sistema judicial envolve também determinado nível de aparato de *cumprimento (enforcement)*, consubstanciado pela estrutura coercitiva do estado - o número de policiais, auditores fiscais, investigadores, juízes - e pela atuação de particulares. O aumento da estrutura de cumprimento coativo irá, assim como o acréscimo na gravidade das sanções, acarretar na punição de maior número de indivíduos que praticam ilicitudes, ampliando a probabilidade da responsabilização e colaborando para a dissuasão.

Em terceiro lugar, o desenho do sistema legal implica na escolha de um determinado nível de precisão da decisão judicial que, se eficiente, implicará em *menos condenações e absolvições errôneas, incentivando atividades lícitas e provocando a dissuasão de comportamentos ilícitos*.

O aumento da gravidade das sanções, a ampliação da estrutura coativa estatal e a escolha do nível de precisão do sistema legal irão implicar em maior dissuasão de comportamentos ilícitos. Embora existam correlações entre as categorias mencionadas - digamos, se for aumentado o número de investigadores policiais e, simultaneamente, forem selecionados os melhores investigadores, tanto a precisão quanto a estrutura coativa estarão sendo otimizadas - aqui será isolado o nível de precisão, para fins de análise.

Seguindo com *Kaplow*, isoladamente, maior precisão aumenta a probabilidade de que pessoas culpadas sejam sancionadas e que inocentes sejam exonerados, além de ampliar a probabilidade de que sanções sejam aplicadas, reduzindo a vantagem do crime. Por ambas as razões, o ato ilícito se torna menos atrativo ao indivíduo. Opostamente, em caso de redução de precisão, decorrente, v.g., de corrupção de adjudicadores, haverá perdas de precisão que geram distorções na eficiência da coação estatal, a reduzir a capacidade estatal de obter obediência.

Uma maneira de visualizar a este raciocínio é apresentada por *Bond*³¹⁰, que enfatiza a distorção de incentivos legais em caso de corrupção dos tribunais, seja quando induz a que penas sejam erroneamente impostas muito frequentemente, ou corretamente impostas muito raramente. Assim, em modelagem simplificada, o autor supõe que o custo privado que o indivíduo suporta para obedecer a lei seja z , e Z a sanção imposta pelo Estado em caso de

³¹⁰ BOND, Philip. **Persistent Court Corruption**. The Economic Journal, Vol. 118, Issue 531, pp. 1333-1353, August 2008. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1227175>>. Acesso em 19 de maio de 2015.

desobediência. Se a tarefa de aplicação da lei for perfeitamente desempenhada, o agente irá obedecer a lei sempre que a pena Z igualar ou exceder o custo privado de cumprir a lei z . Demonstra o autor, porém, que a presença de corrupção trunca a aplicação da lei, e a especificação legal $Z = z$ deixa de ser suficiente.

Conclui afirmando que sistemas persistentemente corruptos conduzem à necessidade de aumento da gravidade das sanções; estas, por sua vez, retroalimentam o incentivo para a corrupção (*sanction avoidance*) resultando que profissionais mais desonestos sejam atraídos para o trabalho nos tribunais - o que pode ser corrigido através do pagamento de salários que excedam a média de mercado, aumentando a concorrência entre profissionais.

Desse modo, o aumento do nível de precisão pode ser adotado com vantagens relativamente a outros meios mais dispendiosos de dissuasão, como o aumento de sanção e maiores investimentos no aparato de coação, a depender de seu custo.³¹¹ Vale dizer, otimizar a precisão da decisão judicial pode implicar na possibilidade de diminuição da gravidade das sanções e em maior eficiência social, já que sanções graves, como a de reclusão, são bastante custosas. Tais fatores podem, ainda, ser combinados para minimização dos custos da atividade judicial.³¹²

A título de exemplo, refira-se que obter dissuasão de comportamentos ilícitos através do aumento do aparato coativo estatal, ao invés do aumento na severidade das sanções, será medida contraprodutiva, pois mais casos serão descobertos e processados - sanções leves ampliam o número de atos ilícitos - com multiplicação de audiências, contratação de advogados, chamamento de testemunhas, decisões judiciais. Com isso, o aumento na precisão judicial será muito mais dispendioso, constringido ante as diversas limitações reais. Dinamicamente, o nível de precisão se tornará baixo, produzindo-se mais erros.³¹³

A existência de outros meios para que a dissuasão seja obtida, como o aumento da gravidade das sanções e a ampliação da estrutura de coerção do Estado, tornam necessário verificar quando o investimento em maior precisão poderá ser comparativamente eficiente.

Muito embora no presente trabalho o objeto de estudo seja a precisão da decisão judicial, há outros fatores que condicionam a atuação e o atendimento das funções atribuídas ao Poder Judiciário, que com ela se inter-relacionam.

³¹¹ McG. BUNDY, Stephen. **Valuing Accuracy - Filling out the Framework:** Comment on Kaplow. The Journal of Legal Studies, v. 23, n. 1, jan/1994, p. 418.

³¹² Para correlação mais aprofundada entre precisão, enforcement e sanção, bem como sobre como determinar a combinação destes fatores em busca de ótima dissuasão, ver KAPLOW, Louis. **The value of accuracy in adjudication:** an economic analysis. The Journal of Legal Studies, v. 23, n. 1, jan 1994, p. 349-354.

³¹³ KAPLOW, Louis. **The value of accuracy in adjudication:** an economic analysis. The Journal of Legal Studies, v. 23, n. 1, jan 1994, p. 388

2.4.1. Sanção e Cumprimento (Enforcement)

Diz-se que o Estado busca controlar externalidades *ex ante factum* por intermédio da legislação e *ex post factum* por meio da efetiva responsabilização pelo Poder Judiciário. Externalidades refletem a projeção de consequências ou efeitos de uma atuação econômica sobre terceiros, trazendo-lhe benefícios ou malefícios não compensados que irão interferir positiva ou negativamente em seu bem-estar³¹⁴.

Falando em sanções, há diversos modos pelos quais o Estado determina que agentes se responsabilizem por externalidades negativas que produzam, como aplicação de multas administrativas ou contratuais, sanções corporais penais, responsabilização civil. A *indenização por perdas e danos*³¹⁵, v.g., promove a reinternalização de prejuízos que determinado agente, no exercício de atividades ou opções, causaram a terceiros, ao passo em que a *indenização por enriquecimento ilícito* implica na devolução de externalidades positivas, é dizer, calcada no benefício imerecido recebido por terceiros em virtude da atuação de outrem.³¹⁶

Em linhas gerais, *sanção* é a resposta que o ordenamento jurídico dá à sua violação. Associa-se à norma, garantindo o seu cumprimento.³¹⁷ Representa as consequências, positivas³¹⁸ ou negativas, previstas em lei para determinada conduta, omissiva ou comissiva. Dependerá da valoração negativa de uma conduta geradora de resultado intolerável; da valoração negativa de resultado com abstração da conduta que o ensejou; ou apenas da valoração negativa da conduta com abstração de qualquer resultado.

³¹⁴ ROSSETTI, José Paschoal. **Introdução à Economia**. 8ª ed., São Paulo: Atlas, 1980, p. 56.

³¹⁵ The terms “strict liability,” “harm-based,” and “act-based” are standard in the economic analysis of law. See, e.g., STEVEN SHAPELL, FOUNDATIONS OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 474 (2004).

³¹⁶ Sobre a internalização de externalidades positivas e a teoria do enriquecimento indevido, ver CALDAS, Filipa L. Análise Económica das Manifestações de Enriquecimento Forçado no Direito Português - A Imposição de Pagamento por Vantagens não Contratadas à Luz de Critérios Jurídicos e Económicos. Partes I e II. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro - RIDB**, ano 2, n. 3, p. 1719-1778, 2013. Disponível em <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_03_01719_01778.pdf>. Acesso em 28/9/2014; e **Revista do Instituto de Direito Brasileiro - RIDB**, ano 2, n. 4, p. 2687-2776, 2013. Disponível em <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_04_02687_02776.pdf>. Acesso em 28/9/2014.

³¹⁷ A sanção jurídica pode ser percebida como aquilo que o lesado está legalmente autorizado a exigir e a impor como consequência da violação de uma norma jurídica em seu desfavor. TELLES JÚNIOR, Goffredo. **Iniciação na ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2006. Observe-se, contudo, que mesmo a norma desprovida de sanção pode servir para modificar as expectativas subjetivas quanto ao padrão de conduta prevalecente, e por isso desempenhar uma função socialmente relevante. MacAdams RH 2000. Sobre sanção jurídica, ver ARNAUD, Andre-Jean. **Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999; KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998; BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru, SP: EDIPRO, 2011.

³¹⁸ Não se tratará, aqui, das sanções premiais, mas das sanções que impõem consequências negativas.

Exemplos intuitivos são as *sanções corporais* previstas na seara penal, cuja dosimetria contempla uma teia de dimensões, como estipulação legal de limites mínimo e máximo, incidência de qualificadoras e privilégios previstos no tipo, bem como a verificação da presença de agravantes³¹⁹, atenuantes³²⁰ e demais circunstâncias³²¹ aplicáveis aos crimes em geral. No âmbito cível sanções, se fazem presentes, e vão da invalidação de ato ou negócio jurídico³²² e perda de posição jurídica ativa, como no caso da indignidade;³²³ à imputação de multa;³²⁴ imposição de fazer ou não fazer, independentemente da ocorrência do dano³²⁵ e imposição do dever de fazer algo a título de indenização.³²⁶ Nesta hipótese, observe-se que a violação de regras de direito privado enseja a aplicação de sanção civil de natureza compensatória, com dupla finalidade, reparação do dano causado à vítima e punição do ofensor, a fim de inibir a prática de atos ilícitos e estimular a precaução.

³¹⁹ CP, “Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: I - a reincidência; II - ter o agente cometido o crime: a) por motivo fútil ou torpe; b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime; c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido; d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum; e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge; f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica; g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão; h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida; i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade; j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido; l) em estado de embriaguez preordenada.”

CP, “Art. 62 - A pena será ainda agravada em relação ao agente que: I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes; II - coage ou induz outrem à execução material do crime; III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal; IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.”

³²⁰ CP, “Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença; II - o desconhecimento da lei; III - ter o agente: a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral; b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano; c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima; d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime; e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.”

CP, “Art. 66 - A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.”

³²¹ CP, Art. 59 - “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível”.

³²² Arts. 166 e 171, CC

³²³ CC, art. 1.814. Outros exemplos de perda de posição jurídica ativa, no CC, se encontram nos arts. Sanção caducificante, art. ee, par. único; art. 150; art. 446; art. 583; art. 1.255; art. 1.638; art. 1992.

³²⁴ CC, Arts. 939 e 940; art. 1.258; Art. 1.336, par. 2, e 1.337.

³²⁵ CC, Art. 12; art. 20; art. 1.277; art. 1.280; art. 1.302; art. 1.308

³²⁶ CC, arts. 186 e 187 c/c 927; par. único do art. 927; art. 929; art. 932.

Para as ciências econômicas, simplificadamente, sanções constituem *incentivos* que, espera-se, sejam considerados na tomada de decisão do agente, incitando-o ao agir conforme. *Raskolnikov* estabelece que podem, em seu aspecto prático, “*variar ao longo de seis diferentes dimensões: agressividade, magnitude, culpabilidade, esforço de cumprimento voluntário, probabilidade de detecção do ilícito e o histórico da ofensa*”.³²⁷

Segundo o Premio Nobel *Gary Becker*³²⁸, as sanções adicionam um custo, ou um preço, ao proveito ilícito do agente, de modo que os ganhos da atividade ilegal sejam reduzidos ou anulados, induzindo-o a optar pela atividade lícita, produtiva, que agrega valor e riqueza social, em lugar de externalidades negativas. Parte-se da suposição de que o agente, ao decidir por violar quaisquer regras legais, seja capaz de, ainda que superficialmente, comparar benefícios e custos da violação, atuando tão somente se preponderantes os ganhos. Para inibir ilícitos, então, a lei deve estabelecer a punição (F), fazendo com que os custos da infração passem a superar os seus benefícios (B).

Na prática, contudo, a superveniência da punição nem sempre ocorre, sendo imposta à razão de determinada probabilidade (p). Para fazê-las incidir, necessária a existência e bom funcionamento do aparato estatal que lhes garanta cumprimento (*enforcement*)³²⁹.

Dentre os fatores que afetam a probabilidade se encontra a errônea aplicação da lei (falsos positivos e falsos negativos), que tanto pode produzir sobreincidência quanto subincidência sancionatória para determinada categoria de ilícitos. Ainda, a inoperância de instâncias públicas e privadas de fiscalização e cumprimento (*enforcement*). Disso resulta que o ótimo *cumprimento* das regras legais é representado pela equação $pF > B$. Ou seja, o benefício da violação da lei deve ser inferior ao custo gerado pela pena, multiplicada pela probabilidade de sua aplicação.

³²⁷ RASKOLNIKOV, Alex. **Six Degrees of Graduation: Law and Economics of Variable Sanctions**. Columbia Law and Economics Working Paper n. 508. Dez/2014. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=2532501>>. Acesso em 19 de maio de 2015.

³²⁸ BECKER, Gary S. Crime and Punishment: An Economic Approach. **Journal of Political Economy**, v. 76, n. 2, p. 169-217, 1968.

³²⁹ No dicionário Michaelis, *enforcement* significa: 1. coação, violência, constrangimento. 2. sanção, execução de uma ordem ou lei. 3. reforço. (Michaelis, **Dicionário Prático inglês-português/português-inglês**. 3a. ed. São Paulo, Ed. Melhoramentos, 1989, p. 120). De difícil tradução para o português, *enforcement* pode ser compreendido como todos os procedimentos existentes em um país, que garantam a aplicação apropriada dos negócios jurídicos, normas e princípios. *Enforcers* são as autoridades encarregadas de fazer cumprir tais contratos ou normas, detendo poderes para monitorar e requisitar informações e para adotar medidas adequadas aos objetivos do controle pelo qual é responsabilizada.

No Brasil, segundo pesquisa da FGV,³³⁰ “a possibilidade de se desrespeitar a lei é inversamente proporcional à probabilidade de ser punido, ou seja, quanto menor é a probabilidade identificada pelo entrevistado de ser punido, maior é a frequência de realização de condutas de desrespeito à lei”.

Baixa probabilidade (p) de aplicação da pena reduz, portanto, a obediência voluntária da lei. Neste caso, para que seja mantida a equação $pF > B$, e, com ela, a desvantagem do ilícito, é necessária a adoção de medidas custosas, como investimentos em fiscalização de ilícitos (reforço do aparato coativo estatal); aumento em precisão judicial; majoração da gravidade das sanções.

Idealmente, portanto, a lei deve ser interpretada pelos tribunais através da jurisdição nos casos concretos, *sancionando com a necessária frequência*, despertando a percepção de que, em provocando externalidades negativas, o agente provavelmente sofrerá a incidência deste *preço* adicional, imposto pelo Estado.

A) Sinalização

A *percepção social da capacidade* do Poder Judiciário de, com frequência e acerto, responsabilizar agentes por atos ilegais, com reduzido índice de erro, possibilita seja mantida a lógica de coordenação social através do conjunto de incentivos constantes do ordenamento. Para obtenção de efeitos dissuasórios, é fundamental que a sociedade perceba em que medida ocorre aptidão do Estado em identificar infratores, diferenciar condutas e bem aplicar a lei, o que as decisões judiciais têm a aptidão de sinalizar.

Agentes não irão conhecer a integralidade das circunstâncias que cercam todos os processos judiciais, ou a motivação que levou a procedências e improcedências, vez que a transmissão de todas essas informações seria impossível dados os limites da realidade. Contudo, a atividade da Justiça e o sentido da lei podem ser percebidos pela sociedade com base em apenas algumas das informações relevantes, aptas a *sinalizar* deveres, proibições e sanções.

Conceito advindo das ciências econômicas, a *sinalização*, em ambiente de assimetria informativa, permite que realidades sejam comunicadas e informações, transferidas, através da revelação *apenas parcial* de informação relevante ao interessado, que irá interpretar

³³⁰ Ver Fundação Getúlio Vargas, FGV. **Relatório IPCL Brasil, 2013/2014**. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11861/IPCLBrasil_4TRI_2013_1TRI_2014.pdf?sequence=1>. Acesso em 6 de junho de 2014.

o sinal e ajustar a essa compreensão o seu comportamento. *Spence*,³³¹ Nobel de Economia, propôs o modelo ao observar que potenciais empregados enviam a potenciais empregadores *sinais* sobre seu nível de competências e habilidades, consistentes na exibição de seu nível de escolaridade - sinal que o empregador assume estar relacionado positivamente à posse de grandes habilidades profissionais, essas na verdade idemonstradas.

O modelo permite demonstrar “*como instituições podem se prestar, em parte, a facilitar inferências sobre qualidades não observáveis de indivíduos a partir de resultados observáveis*”, havendo sugestão de que o processo judicial em si possa ser visto, por exemplo, “*como instituição que permita a requeridos sinalizar sua inocência ou culpa à sociedade*”³³².

Tribunais sinalizam, por sua jurisprudência e pela incidência das respostas legais na sociedade - v.g., através de testemunhos, de relatos de terceiros e de notícias veiculadas pelos meios de comunicação - como será aplicada a lei para os casos futuros, o que influencia no comportamento dos jurisdicionados, já que recebem e interpretam os resultados de litígios precedentes como sinais da forma com que serão eles próprios julgados e da forma com que terceiros podem perceber o significado da lei.

B) Percepção de cumprimento da lei e probabilidade de aplicação da sanção

Para demonstrar a importância da atuação e sinalização do Poder Judiciário no que respeita aos efeitos de dissuasão, vale mencionar o resultado de pesquisa promovida pela Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas³³³. O Índice de Percepção do Cumprimento das Leis - IPCL, - *IPCL Brasil* mensura de forma sistemática o grau de *percepção* do cidadão brasileiro quanto à obediência às regras, retratando o sentimento da população relativamente às leis e o respeito às autoridades que devem fazer cumprir a lei.

No Brasil, dados apontam a percepção geral de *descumprimento* da lei, na ordem de 65% - em uma escala de 0 a 10, a nota registrada no primeiro trimestre de 2014 foi 6,5, ao passo em que no mesmo período de 2013 fora de 7,3. A informação é relevante se se considerar que a motivação para o cumprimento da lei é “*dependente da prevalência, ou da percepção de*

³³¹ SPENCE, Michael. **Job Market Signaling**. The Quarterly Journal of Economics, Vol. 87, No. 3. aug., 1973, pp. 355-374. Disponível em < <http://www-bcf.usc.edu/~shaddin/cs590fa13/papers/jobmarketsignaling.pdf>>. Acesso em 19 de maio de 2015. SPENCE, Michael. **The Next Convergence: The Future of Economic Growth in a Multispeed World**. New York: Farrar, Straus and Giroux. May 2011.

³³² RUBINFELD, Daniel; SAPPINGTON, David E.M. **Efficient Awards and Standards of Proof in Judicial Proceedings**. RAND Journal of Economics, v. 18, n. 2, p. 308-315, 1987.

³³³ Fundação Getúlio Vargas, FGV. **Relatório IPCL Brasil, 2013/2014**. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11861/IPCLBrasil_4TRI_2013_1TRI_2014.pdf?sequence=1>. Acesso em 6 de junho de 2014.

prevalência, de condutas conformes”, como ensina Araújo³³⁴, ou da percepção de que os demais membros da comunidade estão igualmente cumprindo parâmetros de condutas, “*no reconhecimento de que a preponderância de motivações sociais pode servir de travão eficaz contra os colapsos de coordenação*”, vez que “*a situação em que, aumentando a violação de uma norma, o acatamento se tornava menos proveitoso para os não-violadores*”.³³⁵

A constatação assoma a importância da sinalização de aplicação frequente e acertada de sanções pelo Poder Judiciário, se o panorama for de alta incidência de infrações.³³⁶ Mencionada pesquisa promove a vinculação entre a percepção e a incidência da sanção, tanto que o índice divulgado é composto por dois subíndices, o de *comportamento* e o de *percepção*.

O índice de comportamento indica a frequência com que o entrevistado declara ter desobedecido a lei em dez situações diferentes nos últimos 12 meses. Já o de percepção é constituído de quatro indicadores, quais sejam: a) *indicador de instrumentalidade*, que mede os incentivos que as pessoas têm para cumprir a lei, vale dizer, a percepção das perdas ou sanções associadas ao descumprimento da lei - indaga a probabilidade de incidência de punição estimada pelos entrevistados; b) *indicador de moralidade*, que mede a percepção sobre o quanto é certo ou errado realizar determinada conduta desconforme à lei - indaga os próprios sentimentos de ‘certo ou errado’ dos entrevistados; c) *indicador de controle social*, que mede a percepção de reprovação social a determinados tipos de comportamento ilegal - indaga o grau de desaprovação de conduta por pessoas conhecidas; d) *indicador de legitimidade*, que mede a percepção sobre a obediência à lei e às ordens de autoridades que devem fazer com que a lei seja cumprida - indaga a concordância com afirmações sobre o comportamento das pessoas diante da lei e das ordens de autoridade (policiais e juízes).

Concluiu-se que a percepção de cumprimento da lei, em uma escala de 0 a 10, foi de 6,8 pontos, e que, quanto ao indicador de legitimidade, 82% dos entrevistados respondeu que concorda com a afirmação de que ‘*é fácil desobedecer a lei no Brasil*’ (este percentual sobe para 85% entre respondentes com renda superior a 8 salários mínimos) e 80% dos respondentes concordam com a afirmação de que o cidadão brasileiro, sempre que possível, opta pelo ‘*jeitinho*’ ao invés de obedecer à lei.

Quanto à obediência voluntária das decisões judiciais, 77% dos entrevistados concordam com a afirmação de que “*se o juiz decide que uma pessoa pague a outra uma quantia, ela tem a obrigação moral de pagar mesmo que discorde da decisão*” - anote-se que

³³⁴ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 130-137.

³³⁵ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 132.

³³⁶ O tema da dissuasão de comportamentos ilícitos será melhor elaborado na IV Parte, Cap. 1, item 3, Benefícios.

somente 45% dos entrevistados concordam com a mesma afirmação se figura como autoridade o policial.

Em relação à percepção da probabilidade de incidência de punições, variam intensamente conforme as condutas propostas: 79% acreditam que teriam maior probabilidade de responder por subtração de itens baratos de uma loja, ao passo em que apenas 36% e 38% acreditam ser provável ou muito provável sofrer punição por atravessar a rua fora da faixa de pedestres ou comprar CD ou DVD *‘pirata’*.

Mensurando a efetividade do controle social, consistente na desaprovação conforme as normas sociais, aparecem conclusões coincidentes com as normas formais - desaprovação na casa dos 80% para delitos patrimoniais, dirigir após consumir bebidas, corrupção, com menor incidência para compra de produtos piratas (47%). O mesmo se diga para o indicador de moralidade - condutas como levar itens baratos de uma loja sem pagar por eles, dirigir alcoolizado, estacionar em local proibido e fazer barulho capaz de incomodar vizinhos são consideradas erradas em percentual acima de 95%.

A pesquisa conclui que as situações em que o brasileiro mais respeita a lei, ou “*situações com menor subíndice de comportamento*”, congrega fatores comuns, quais seja, indicador de moralidade bastante elevado e altos indicadores de controle social e instrumentalidade (*probabilidade da sanção*).

“ (...) Quanto maior a probabilidade de alguém ser punido por ter realizado determinada conduta, maior é a incidência de declarações de entrevistados informando que agiram em conformidade com a lei. Nos três casos em que foi detectado maior respeito à lei, o indicador de instrumentalidade superou 50%... A possibilidade de se desrespeitar a lei é inversamente proporcional à probabilidade de ser punido, ou seja, quanto menor é a probabilidade identificada pelo entrevistado de ser punido, maior é a frequência de realização de condutas de desrespeito à lei. É o caso dos entrevistados que responderam que já compraram produtos piratas, situação em que se verificou um dos menores indicadores de instrumentalidade, correspondente a 38%, e um dos maiores indicadores de comportamento, 63%”.³³⁷

Do mesmo modo, dirigir depois de consumir bebida alcoólica e estacionar em local proibido conta com baixo índice de comportamento (17% e 23%) e com altos indicadores de moralidade (97% e 96%), de instrumentalidade (77% e 76%) e de controle social (82% e 74%).

³³⁷ Fundação Getúlio Vargas, FGV. **Relatório IPCL Brasil, 2013/2014**. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11861/IPCLBrasil_4TRI_2013_1TRI_2014.pdf?sequence=1>. Acesso em 6 de junho de 2014, p. 15-16.

Observe-se que a mesma pesquisa mensura o índice de confiança no Poder Judiciário - que, aliás, caiu de 33% para 30% no período estudado, 4º trimestre/2013 e 1º trimestre/2014.

Pelos resultados obtidos verifica-se a relevância que a probabilidade de aplicação da sanção exerce sobre a coordenação social expressiva. É importante que os tribunais possam sancionar comportamentos ilícitos com suficiente frequência, o que depende da provocação de particulares, da sociedade ou do Poder Público, a preservar os efeitos pretendidos pelo ordenamento.

C) Limites da capacidade administrativa do Estado em impor sanções

Ainda em relação ao cumprimento das consequências projetadas pela norma, pode representar a medida de fortaleza ou anemia do aparato coativo estatal, devendo a interpretação da lei buscar preservar, o quanto possível, a sua eficiência, no panorama das disputas de direitos constitucionais antagônicos.

Já se afirmou que o desenho de um modelo eficiente de *cumprimento* supõe a existência de um conjunto normativo de incentivos - sanções suficientemente graves, estabelecidas *ex ante factum* - e a probabilidade de sua incidência - vale dizer, de sua aplicação, pelo Judiciário ou outras autoridades, *ex post factum* - de modo que a probabilidade p da punição (F) seja superior ao benefício B do comportamento ilegal ($pF > B$).

Executar penas em grande quantidade, especialmente as gravosas, porém, é tarefa socialmente custosa. Aplicar sanções - multas, pagamentos de danos morais, encarceramento - exige investimentos do governo para o processo de aplicação, monitoramento e execução do seu cumprimento. Sanções civis, aplicáveis, *v.g.*, em caso de danos aos consumidores, podem demandar despesas de fiscalização e comprovação por agências reguladoras e pela sociedade. Sanções penais corporais, por sua vez, demandam investimento em jurisdição e fiscalização, quaisquer que sejam os regimes do seu cumprimento. O ideal seria, portanto, impor penas mais graves mas com menor número de ocorrências.

Como ensina *Polishchuk*,³³⁸ matematicamente, portanto, o agravamento *extremo* das sanções poderia ser a solução menos custosa socialmente, tornando menos necessária a

³³⁸POLISHCHUK, Leonid. **Public Economics Course**. Department of Economics, Higher School of Economics. Coursera Org., Mai/2014, Lecture 3-1-3.1. Disponível em <<https://pt.coursera.org/course/publiceconom>>. Acesso em 19 de maio de 2015.

frequência de sua incidência pra manter o mesmo nível de dissuasão, na equação $pF > B$. Sanções mais graves $F+$ poderiam reduzir a necessidade de aplicação frequente ($p-$), obtendo-se o mesmo poder dissuasório B a menor custo para o governo.

A aplicação de multas extremamente pesadas para delitos de menor potencial ofensivo seria mais barata aos cofres públicos (o que não significa que teria menor custos econômicos)³³⁹ do que o aumento da fiscalização para aplicação mais frequente de sanções leves. Seria tentador, portanto, exponenciar a severidade das sanções, reduzindo-se os custos de fiscalização, precisão³⁴⁰ e execução. Muito embora seja alternativa com frequência utilizada na prática legislativa, aumentar desproporcionalmente a gravidade das sanções, porém, esbarra em *limitações reais da capacidade do Estado de executá-las*.

Tribunais deixam de aplicar tais sanções gravosas, se desproporcionais à reprovabilidade do fato, em nome da proporcionalidade da pena. De outra parte, sanções duras aumentam o incentivo para o exercício da *'evasão sancionatória'* (*sanction avoidance*), porque recebem proporcionalmente forte antagonismo pelos defendentes, que buscam suplantar a capacidade administrativa de imposição de sanções pelo Estado.

Para que se compreenda a evasão sancionatória, tenha-se em mente que a pena pode ser evitada ou postergada pelo agente a dado custo, v.g., através de protelação de atos processuais e recursos, revelia, contratação de advogados mais combativos, captura da mídia para divulgação de teses defensivas, divulgação de ideologias, corrupção, intimidação ou captura de testemunhas, falsificação de provas, resgate de prisioneiros.

Logo, se o cumprimento das sanções pode ser adiado ou evitado a determinado custo, o agente estará mais motivado a despendê-lo quanto mais grave for a punição prevista. Para escapar de sanções mais extremadas o agente estará disposto a desembolsar mais recursos. Se a sanção for leve, há menor tendência a investimentos para evitar a sanção - v.g., em regra, no Brasil não irá ocorrer a contratação de advogado para evitar o pagamento de multas de trânsito. O oposto ocorre com sanções extremamente graves, que poderão incentivar gastos em evasão que *poderão superar o limite da capacidade coativa estatal*.

Assim, supondo que exista um custo a ser despendido para evitar a aplicação de sanções (X), este custo poderá ser usado como uma medida da *fraqueza da capacidade administrativa do Estado de obrigar à obediência legal*: nenhuma sanção será aplicada se

³³⁹ Valores sacrificados com a aplicação de sanções desproporcionalmente gravosas constituem custos econômico, muito embora possam não representar custos monetários imediatos ao governo.

³⁴⁰ A dosimetria de penas corporais e a fixação de danos são decisões judiciais que envolvem custos de precisão.

exceder X - quando a sanção for maior que X, o agente irá arcar com este custo, de forma eficiente, para evadir da sanção³⁴¹.

A fraqueza da capacidade coativa estatal pode ser bastante acentuada relativamente a determinados delitos, fruto da simples exploração de brechas legais, de modo que a contratação de um hábil advogado e o manejo de recursos legais seja suficiente para evitar a efetiva execução da sanção em grande número de casos³⁴² - a revelar extrema fraqueza coativa daquela sociedade, pois com parte do produto do crime o agente compra a sua impunidade.

A pequenez deste custo revela a medida da fraqueza do aparelho coativo estatal e *também a desproteção de valores constitucionais contrapostos*, titularizados pela coletividade, como eficiência, segurança, moralidade administrativa, livre concorrência, liberdade de ir e vir etc.

2.4.2 Importância do enforcement privado

A pesquisa *Demandas Repetitivas e a Morosidade na Justiça Cível Brasileira*, patrocinada pelo CNJ, evidencia a *necessidade* da restrição de acesso ao Judiciário, protegendo-o da exaustão e da apropriação por agentes oportunistas - caso, por exemplo, de devedores que litigam para se furtar do cumprimento de obrigações, ou de quem, a risco zero, procura as chances da litigiosidade frívola,³⁴³ ambos colaborando para a exaustão do sistema judicial.

Embora seja imperativa a restrição de acesso ao Judiciário, nem sempre fazê-lo de forma indiscriminada será a melhor escolha coletiva, pois há direitos que necessitam ser litigados. A restrição do acesso deverá ser seletiva (políticas públicas) tendo por alvo, preferivelmente, as demandas suficientemente frequentes, ou as inaptas a agregar benefícios sociais marginais. Opostamente, algumas demandas sublitigadas devem ser *estimuladas*, para que, por via da adjudicação, seja enunciado e desenvolvido o direito, quando não puder sê-lo feito por outros meios, como através de agências reguladoras.

³⁴¹POLISHCHUK, Leonid. **Public Economics Course**. Department of Economics, Higher School of Economics. Coursera Org., Mai/2014, Lecture 3-1-3.1. Disponível em <<https://pt.coursera.org/course/publiceconom>>. Acesso em 19 de maio de 2015.

³⁴²No sistema brasileiro, o marco inicial da prescrição da pretensão executória penal (art. 112, I, do CP) favorece a consumação de prescrição para os acusados que possam arcar com o esgotamento dos recursos previstos em lei, o que garante sucesso a práticas poucas custosas de sanction avoidance e marcam a fraqueza da capacidade estatal.

³⁴³(BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Demandas Repetitivas e a Morosidade na Justiça Cível Brasileira**. Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Pesquisas Judiciárias, Brasília, 2011. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/pesq_sintese_morosidade_dpj.pdf>. Acesso 10/8/2013.

Reduzida adesão ao cumprimento voluntário da lei - vide o atraso para a implantação profusa, no Brasil, de Programas de Integridade ou *Compliance*³⁴⁴ - pode decorrer do reduzido risco jurídico. A probabilidade da punição pode derivar da insuficiente responsabilização judicial em demandas aforadas por partes públicas³⁴⁵ e privadas.³⁴⁶ A ausência de sinalização clara e frequente, pelo Poder Judiciário, de que comportamentos ilícitos serão apurados e punidos irá enfraquecer a dissuasão de tais comportamentos.

Há ainda outros benefícios sociais. Apertados recursos orçamentários de agências públicas (*enforcement* público) poderão ser dirigidos a atividades prioritárias e de coordenação, mantendo-se o aparelho estatal enxuto e em dimensões administráveis, mais livres da possibilidade de captura e dos malefícios da burocracia (*red tape*). Assim, o *enforcement* privado, que ocorre quando a própria sociedade fiscaliza e exige, perante os adjudicatadores, o cumprimento de direitos, principalmente os de ênfase coletiva, deve ser planejadamente incentivado.³⁴⁷

Exemplo eloquente é o do combate às lesivas práticas anticoncorrenciais nos Estados Unidos. Naquele país, a propositura de indenizatórias abrangentes, perante a justiça cível, por particulares e setores sociais organizados, é grandemente responsável pela evolução do direito anticoncorrencial³⁴⁸ e pela fiscalização e punição dos que se engajam em combinação

³⁴⁴ Ver Lei 12.846, de 1/8/2013 (Lei Anticorrupção): “Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções: VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”

³⁴⁵ O *enforcement* público envolve o uso de agentes públicos para detectar e sancionar violadores da lei, como a polícia e o Ministério Público; reguladores que buscam controlar violação de leis ambientais e consumeristas; agentes da Receita Federal etc. Compreende também os litígios aforados por agentes públicos visando o cumprimento da lei. Ver POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. **Foundations of economic analysis of law**. Harvard University Press, 2004, p. 474.

³⁴⁶ As ações judiciais movidas por particulares desempenham importante papel na regulação (GLOVER, J. Maria. **The Structural Role of Private Enforcement Mechanisms in Public Law**. William & Mary Law Review, v. 53, n. 4, Art. 3, 2012, p. 1137-1217). A responsabilidade pela fiscalização e imposição de cumprimento coativo da lei deve ser dividida entre os setores público e privado. As ações judiciais privadas têm importante papel no desenvolvimento do Direito, como em conquistas regulatórias e liberdades individuais. Essa questão vem a lume com “revolucionário” artigo em que Becker e Stigler (BECKER, Gary e STIGLER, George. **Law Enforcement, Malfeasance, and the Compensation of Enforcers**. Journal of Legal Studies, v. 3, n. 1, 1974) advogam a privatização do cumprimento da lei, pois indivíduos e empresas deveriam investigar a violação de leis, prender violadores (v. CPP: “Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”) e aplicar sanções. O *enforcement* privado é pervasivo na sociedade, tendo partes privadas papel importante no cumprimento de contratos, indenizações, direito de propriedade.

³⁴⁷ Ver III Parte, Cap. 1, item 2.5, Subsídio estatal aos litigantes

³⁴⁸ BAKER, Jonathan B. **The Case for Antitrust Enforcement**. The Journal of Economic Perspectives, v. 17, n. 4, 2003, p. 27-50; BARBER, Richard. **Private Enforcement of the Antitrust Laws: The Robinson-Patman Experience**. The George Washington Law Review, v. 30, p. 181, 1961.

Dados empíricos podem ser encontrados em FOER; Albert; CUNEO, Jonathan (org.). **The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law**. Elgar, 2010. Disponível em <<http://www.elgaronline.com/view/9781848448773.xml>>. Acesso em 1 de maio de 2015. Críticos do modelo

de preços. Ações coletivas (*class actions*) que invocam o *Sherman Antitrust Act*, de 1890, propostas pela sociedade, induzem empresas³⁴⁹ a compromissos e investimentos ativos para a obediência à lei e, ao mesmo tempo, preservam o orçamento das autoridades federais e estaduais da concorrência para atividades de coordenação e para apuração criminal das práticas delituosas.³⁵⁰

Nestes casos a legislação, mais do que isso, grava as sanções cíveis, promovendo estímulo à litigância. O valor dos danos é multiplicado por três, melhor equilibrando a equação proveito da demanda com os custos para a sua promoção. A sociedade, através de associações de consumidores e outras organizações, terá incentivos para coordenar-se em torno da investigação da existência de cartéis e ingressar com demandas cíveis.

Embora muitas vezes não seja a solução normativamente mais eficiente, em muitas sociedades o exercício da jurisdição privada é o remédio *possível* para a promoção de necessárias transformações sociais, promoção de direitos civis e desenvolvimento regulatório. As ferramentas para que os litigantes operem mudanças econômicas e sociais, através do cumprimento de regras legais, pode ser inferior ao poder que políticos detenham de modificar a legislação, ou do poder jurídico que agências reguladoras teriam na correção de falhas de mercado³⁵¹ e externalidades. Mas ainda assim não pode ser desprezada.

Desse modo, considerado o Estado como um todo, é possível reduzir custos de fiscalização (custo do aparato coativo estatal) através do estímulo à litigiosidade privada em questões coletivas que necessitem da expansão do desenvolvimento jurídico, reservando os órgãos públicos para a realização de coordenação da sociedade e para a perquirição na seara criminal. Daí a afirmação de que nem sempre a restrição quantitativa ao acesso de litigantes ao Poder Judiciário será a solução preferencial para o problema do congestionamento, sendo questionável se, em face do estágio de maturidade do mercado concorrencial e das relações de

aduzem que as ações privadas no direito concorrencial geram muito proveito aos advogados e poucas vantagens aos consumidores lesados; ou que o enforcement privado leva a excessiva dissuasão, dentre outros argumentos.

³⁴⁹ Anote-se que o direito concorrencial não se limita a regular o comportamento do fornecedor, senão também do comprador, em situações específicas como a de dominância de mercado. A respeito, ver FREIRE, Paula Vaz. **O Poder de Compra e as Restrições Verticais Determinadas pela Procura**. In.: Revista de Concorrência e Regulação, Ano II, n. 7/8, Julho/Dezembro 2011, Coimbra, Ed. Almeida, pp. 43-62.

³⁵⁰ A respeito, ver HÜSCHEL RATH, Kai; PEYER, Sebastian. **Public and Private Enforcement of Competition Law, A Differentiated Approach**. Centre for Competition Policy CPP Working Paper 13-5, University of East Anglia, Norwich, UK, Abril, 2013.

³⁵¹ Sobre falhas de mercado, ver FREIRE, Paula Vaz. **A Produção Privada de Bens Públicos**. In.: Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Souza Franco. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. III. Coimbra, Coimbra Ed. 2006, pp. 579-589.

consumo no Brasil, pode-se dispensar o apoio coativo Estatal, derivado do exercício dos direitos perante o Juiz.³⁵²

2.4.3 A decisão de ingressar em juízo

Como vem sendo dito, dentre os produtos indesejados da congestão judicial está o aumento do custo do litígio para buscar a reparação de direitos lesados, vez que o decurso do *tempo* se caracteriza como custo. Deste modo, quanto maior a demora até o cumprimento do julgado, mais expressivo o custo, abrangido o de oportunidade, para a manutenção da demanda em trâmite, a gerar impactos negativos no exercício do direito constitucional de ação.

Autores da Análise Econômica do Direito estabelecem que partes neutras ao risco³⁵³ irão optar por ajuizar demanda quando os custos despendidos forem inferiores à quantificação de suas pretensões jurídicas, ou seja, menores que o valor que o requerente espera receber e maiores dos que o requerido espera ser condenado a pagar. Se isso é verdade, o acentuado custo temporal entrará na conta dos custos despendidos, ampliando-os, o que levará a um menor número de autores que optarão por aforar demandas. A boa regulação do nível de precisão pode ser instrumento útil para obter maior equilíbrio entre os custos da demanda e o seu proveito.

Baixo percentual de ajuizamentos, comparativamente ao número de lesões jurídicas perpetradas, irá redundar em reduzido índice de dissuasão. Em um país, por fatores diversos, não comprometido com a ampla promoção concorrencial - o que promoveria a seleção de bens e serviços em prol do consumidor - este quadro fará decrescer os investimentos em prevenção

³⁵² Parece haver margem para que se aprimore o fornecimento de bens e serviços no Brasil, ficando apenas no exemplo consumerista. Esta melhoria não pressupõe o repasse do valor das indenizações judiciais ao preço do produto, mas sim a realização de investimentos para aumento de eficiência, de gestão e de tecnologia. A fortificação da liberdade de mercado pressionaria simultaneamente por melhores preços e qualidade, em prol do consumidor. Algumas indústrias podem perder a viabilidade competitiva ao cumprir a regulação - o repasse de custos ao preço pode ter o efeito de eliminação dos ineficientes. Não se exclui que consumidores possam abrir mão de determinados níveis qualidade de bens e serviços, optando por pagar preços mais acessíveis. Deve o Poder Judiciário estar firmemente coordenado e atento à formação de “indústrias de indenização”.

³⁵³ O risco tem relação com a incerteza quanto às condições no futuro. Indivíduos podem ser avessos ou neutros ao risco. No primeiro caso, o risco entra na função de utilidade do indivíduo como um mau, um desprazer. Este padrão de preferência levará o indivíduo a gerir o risco valendo-se dos mecanismos disponíveis, como compra de seguros ou até mesmo o conservadorismo ao agir. “Sujeitos avessos ao risco preferem um mundo onde não haja incerteza ainda que a troca do pagamento de um preço”. No particular, poderão não ingressar com demanda judicial mesmo quando os custos forem inferiores às pretensões, adicionando o custo do risco - poderá haver uma substituição entre rentabilidade esperada e risco. Quanto mais avesso ao risco, maior a taxa marginal de substituição por risco e rentabilidade esperada. Se pensarmos em uma ação judicial como ‘investimento’, haverá preferência por menor risco e inferior margem de ganhos, interferindo tal cálculo na decisão pelo ajuizamento da demanda. A incerteza pode determinar que o indivíduo não ajuíze a demanda, pois prefere não enfrentar a incerteza ainda, que diante de perdas. Presente a neutralidade ao risco, este não entra na função de utilidade - para o indivíduo indiferente ao risco, este não perturbará seu nível de satisfação. (FERNANDES, Abel Costa. **Economia Pública: Eficiência económica e teoria das escolhas colectivas**. 2ª ed., Lisboa: Edições Sílabo, p. 191-192).

de danos a terceiros, assim como em inovação tecnológica e administrativa, favorecendo que empresas e outros atores econômicos atuem estrategicamente.³⁵⁴

Agências reguladoras, como todas as repartições públicas, sofrem constrangimentos que atingem sua atuação, como problemas de captura³⁵⁵ e limitações políticas, orçamentárias e de capacidade administrativa. E, por mais efetivas sejam as agências reguladoras, a ocorrência de falhas de mercado ou regulatórias não estão excluídas, o que recrutará a intervenção do Poder Judiciário. Além disso, sobrevivendo, como natural, o incremento da consciência da população em relação aos seus direitos,³⁵⁶ não se estará livre da superveniência de novo topo no número de demandas ajuizadas, principalmente indenizatórias.

³⁵⁴ A baixa probabilidade de responsabilização pode tornar atraente para determinadas empresas fornecedoras de bens e serviços - como, v.g., as prestadoras de serviços financeiros, de telefonia, internet, considerados essenciais e que afetam grande número de consumidores - reduzir investimentos em melhoria da prestação contratual e prevenção de danos ao consumidor, por esperar que apenas ínfimo percentual de usuários postule seus direitos em juízo. A estratégia do descumprimento da regulamentação, que fixa parâmetros de qualidade de atendimento, passa a ser mais vantajosa do que a do seu cumprimento. Para ilustrar, se o ganho oriundo da atividade ilícita de formação de cartel (combinação de preços entre competidores em detrimento de consumidores) for de \$0,50 por unidade vendida, a sanção, multiplicada pela probabilidade de sua aplicação, deverá superar a deste ganho ilícito, de modo a reduzir suas vantagens e induzir o cumprimento da lei. Sabe-se que se a sanção for diminuta ou se a probabilidade de sua incidência se aproximar de zero, a sanção perderá o seu efeito inibidor. No sistema brasileiro, a probabilidade de condenação à reparação desses danos tende a zero, pois, sob o ponto de vista do consumidor lesado, não compensa ingressar com demanda judicial para recuperação de ínfimo valor; ao passo em que, para o fornecedor do serviço, é altamente lucrativo prosseguir engajado em cartel, diluindo as perdas entre grande número de consumidores. Note-se que o ingresso de demanda por consumidores lesados depende, além de fatores como a coordenação, da perspectiva de julgamento com níveis de precisão.

³⁵⁵ Governos não operam livres de limitações (orçamentárias, políticas, administrativas), sendo previsível que alguns níveis de operação, recursos e funções sejam capturados por grupos estreitos de interesse, voltando-se então contra a sociedade. O Nobel James Buchanan (*Politics without Romance*, 1979) alertava para os riscos de que um governo não benevolente, com excessivos poderes e instrumentos de tributação, pudesse passar a extrair renda da sociedade ao invés de entregar serviços públicos. O Nobel George J. Stigler (*The Theory of Economic Regulation*, 1971), por sua vez, descreveu que reguladores podem ser capturados para que, desvinculados de sua finalidade social, passem a atuar em favor dos interesses privados dos segmentos regulados, detentores de maiores meios, ocasiões, interesses e poderes de imposição em relação ao grupo social. A captura se dá de diversas formas, bastando que o regulador (1) esteja demasiado atarefado para tomar medidas efetivas contra os regulados (a própria congestão do Poder Judiciário constituiria, neste sentido, uma espécie de captura); (2) imponha barreiras para entrada de novos concorrentes (efeito De Soto); (3) autorize o reajuste de preços divorciados dos custos ou da realidade inflacionária; (4) pratique a corrupção (favorecida por quadros técnicos com qualificação e remuneração inferior aos dos regulados), leniência ou procrastinação (abstando-se de fiscalizar as atividades ou a qualidade das informações prestadas pelos regulados). Observe-se que a possibilidade de captura é importante fator para que se opte por agências com menor concentração de poder.

³⁵⁶ Para mencionar uma hipótese, os cidadãos brasileiros ainda não estão despertos para a defesa de seus direitos à livre competição (antitruste), havendo ampla margem para responsabilização de empresas, através de ações movidas pelo setor privado (enforcement privado), relativamente aos (grandemente lesivos) casos de cartel, divisão de mercado e outros. Essencialmente, essas leis proíbem empresas de práticas que desarrazoadamente privem consumidores dos benefícios da competição, resultando em preços mais altos de produtos e serviços. Segundo a Comissão Europeia (European Commission), a competição de mercado - que dá suporte à existência da própria Comunidade Europeia - "leva companhias a oferecer aos consumidores bens e serviços em termos mais favoráveis. Ela encoraja a eficiência e a inovação e reduz preços. Para ser efetiva, a competição requer que companhias ajam com independência entre si, e sujeitas a pressão exercida umas sobre as outras" (EUROPEAN COMMISSION. **Antitrust - overview.** Disponível em <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/overview_en.html>. Acesso em 26 de julho de 2014). O consumidor

Espera-se que a amplificação concorrencial e a formação de um ambiente social com maior *risco jurídico*, que torne provável a *internalização* - recompensa das atividades coletivamente benéficas e penalização das maléficas³⁵⁷ - a afetar, de forma precisa e efetiva, aqueles que infringem a lei, fomenta o cumprimento espontâneo das regras (*compliance*). No aguardo de que progressivamente ocorra a “*substituição da regulação administrativa directa e discricionária, mais exposta a distorções e a ‘captura’ por parte dos seus destinatários, pelo estabelecimento de incentivos ‘de mercado’ mais fixos e automáticos.*”³⁵⁸

Em conclusão, a racionalização da utilização dos serviços públicos judiciais, o alinhamento entre custos privados e sociais, a imposição planejada de restrições de acesso, a adequação do grau de precisão para gamas de litígios que possam ser resolvidos de forma mais aligeirada sem prejuízo de efeitos sociais benéficos, propiciará a melhor alocação do serviço público judicial, com ganhos de eficiência.

brasileiro parece ainda não dispor de suficiente consciência de seus direitos nessa área do direito, que teria a capacidade de gerar grande volume de litígios.

³⁵⁷ ARAUJO, Fernando. **Introdução à Economia**. 3ª, ed., Coimbra: Almedina, 2005, p. 58.

³⁵⁸ ARAUJO, Introdução, p. 58

PARTE III – DECISÃO JUDICIAL, NORMAS E INFORMAÇÃO

1 ANÁLISE DE CUSTOS E DE BENEFÍCIOS ASSOCIADOS À VARIAÇÃO DO NÍVEL DE PRECISÃO JUDICIAL

A essa altura cabe traçar algumas linhas sobre a importância de identificar os custos e os benefícios sociais envolvidos no aumento da precisão, envolvendo as variáveis a orientar decisões jurídicas, legislativas e jurisprudenciais, sobre a produção de informação no processo judicial.

A análise de custo-benefício é uma forma de assegurar que decisões públicas sejam informadas, calcadas no melhor *conhecimento* que se puder apurar acerca de suas prováveis consequências, positivas e negativas - o que evita sejam baseadas em mitos, dogmas, intuições, palpites, inércia gerencial ou mesmo em pressões de grupos de interesse³⁵⁹.

Contemplar consequências aperfeiçoa a tomada de decisões cruciais à elaboração da lei. Permite, ainda, que a interpretação da norma legal seja orientada à busca do grau *ótimo* de precisão jurisdicional, que irá variar conforme as particularidades dos interesses em conflito, e que sejam ponderadas amplas possibilidades semânticas, sentidos e conteúdos normativos, o que, de forma geral, beneficia a reflexão sobre o tema da litigiosidade e a concepção de soluções jurídicas mais conscientes.

Serviços judiciais de pacificação de conflitos envolvem o uso de dinheiro público. Por isso, medidas tomadas no processo judicial devem obedecer a postulados de eficiência, refletido em “*conceitos processuais de celeridade, simplicidade, finalidade, economia e efetividade*”³⁶⁰.

É verdade que uma análise *completa* de custos e benefícios demandaria discussão intrincada e dispendiosa, por envolver grandes esforços para quantificação das consequências passíveis de antecipação e para monetizar custos e benefícios, projeto amplamente sujeito a restrições de viabilidade.³⁶¹

³⁵⁹ Ver SUNSTEIN, Cass. **Valuing Life: Humanizing the Regulatory State**. Chicago: University of Chicago, 2014.

³⁶⁰ MOREIRA, Egon. **Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999**. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

³⁶¹ Um dos constrangimentos a enfrentar é o problema do conhecimento (knowledge problem), assinalado por Hayek (HAYEK, Friedrich. **The use of Knowledge in Society**. The American Economic Review, v. 35, n. 4, p. 519-530, set/1945.), que aponta como desafio fundamental em uma sociedade a coordenação de planos e ações entre agentes econômicos, os quais têm objetivos discrepantes, fazem escolhas calcadas em percepções particulares e são guiados por conjuntos próprios de informações privadas, nítidas as dificuldades para que reguladores e autoridades públicas obtenham informações relevantes grandemente dispersas na sociedade.

Nem por isso a análise de custo-benefício deve ser condenada à inutilidade, cabendo se empregue a melhor técnica disponível para a antecipação de benefícios e custos, presentes e futuros, o mais fielmente possível, ainda que meramente *aproximativos*, ou organizados em intervalos ou faixas. É inegável a função ‘*cognitiva*’ da ferramenta³⁶²: em lugar de obter resultados exatos, a análise de custo-benefício permite evidenciar nítidas prevalências, eliminar vias claramente improdutivas, estabelecer margens de ação, traçar rumos possíveis e circunscrever domínios a pesquisar. Afastam-se opções que levem a situações evidentemente prejudiciais, ineficientes ou absurdas. Algumas das opções resultarão nitidamente melhores, sem que contra elas se possa apontar objeções razoáveis.³⁶³

Não é só factível, como constitucionalmente indispensável, que as decisões públicas, inclusive as legalmente previstas para o processo judicial, procurem “*utilizar as melhores técnicas disponíveis para quantificar os previsíveis benefícios, presentes e futuros, e custos o mais acuradamente possível*”, sem deixar de “*considerar e discutir qualitativamente valores que são de difícil ou impossível quantificação, incluindo equidade, dignidade humana, equidade e impactos distributivos*”. Este, exatamente, o quadro de recomendações da administração federal norte-americana,³⁶⁴ que norteia a emissão de atos regulatórios daquele governo: a busca pelas melhores práticas, que possam trazer o mais amplo leque de benefícios ao menor custo, *considerados qualitativamente os avanços e liberdades constitucionais como bens econômicos*.

Mesmo que especialistas, ao final, discordem quanto aos rumos a tomar, será possível delimitar as convergências e os dissensos, isolando argumentos divergentes e pontos de tensão. A partir disso, torna-se possível verificar sua justificabilidade, comparativamente a pontos estabelecidos como essenciais. A análise irá despertar a consciência para objeções ou problemas então escondidos, e a procura de novas soluções ou consensos.

Outras restrições derivam de fatores como a incerteza quanto a possibilidade de ocorrência de eventos futuros (Incerteza de Knight, Frank H. Knight. **Risk, Uncertainty, and Profit**. Boston, 1921. Disponível em <<http://oll.libertyfund.org/titles/306>>. Acesso em 19 de maio de 2015.) ou em que probabilidade irão se materializar; dificuldades de monetização de resultados positivos e negativos; problemas informacionais e de capacidade do agente (tendências, interesses, limites cognitivos); necessidade de realizar julgamentos técnicos, estimativas, cálculos estatísticos etc.

³⁶² SUNSTEIN, Cass R. **Financial Regulation and Cost-Benefit Analysis**: A Comment. The Yale Law Journal, v. 124, 2014-2015, 22/1/2015. Disponível em <<http://www.yalelawjournal.org/forum/financial-regulation-and-cost-benefit-analysis>>. Acesso em 19 de maio de 2015.

³⁶³ Ibidem.

³⁶⁴ USA. Executive Order 13.536 - Exec. Order No. 13,563, 76 Fed. Reg. 3821, 3821 (Jan. 18, 2011), in Sunstein, Financial Regulation

Mesmo do dissenso quanto ao predomínio de vantagens e prejuízos poderá surgir reflexão mais produtiva, tendo, agora, os contendores, o ônus de justificar seus posicionamentos também com base em constrangimentos reais, no confronto com o que seria possível, debruçando-se sobre a análise positiva, e não somente daquilo que deve ser adotado como ideal. O ônus argumentativo de confrontar resultados antagônicos decorrentes das opções ou soluções recomendadas *disciplina* a ação pública, evidenciando que certas conclusões são excessivamente difíceis de justificar, ao passo em que outras são naturalmente acatáveis; assim como pode denunciar a presença de interesses estreitos ou de grupos privados organizados, ou a ação tendenciosa de tomadores de decisão, neste ponto com ganhos de contenção de abuso do poder e transparência (*accountability*).

Portanto, apesar de notórias limitações no campo do direito,³⁶⁵ a análise de custo-benefício prossegue como instrumento para testar hipóteses e, no para o que aqui interessa, avaliar o quanto de atenção do Juiz, traduzível em esforço probatório, deverá ser destinado a cada classe de litígios, e cotejar valores constitucionais subjacentes atendidos ou sacrificados.

Sem algum esforço de análise, torna-se extremamente difícil saber se e como a regulação e a interpretação de lei promovem o bem estar social. Por exemplo, responder se é conveniente que causas singelas trilhem ritos simplificados, com menor aporte informativo-probatório, demandaria uma análise do tipo custo-benefício, para verificar se eventuais perdas em qualidade do julgamento e em exatidão na apuração de danos, quando as causas são ‘pequenas’, são compensadas pela celeridade, baixo custo, acessibilidade, e pela possibilidade mesma de haver compensação aproximada dos danos. Sem olvidar objetivos mais remotos, pertinentes à liberação de outras estruturas judiciais a causas complexas, ganhos em coordenação social e dissuasão dos comportamentos ilícitos da mesma espécie etc.

Se aferir se vantagens superam prejuízos na concepção e na aplicação da legislação processual envolve a consideração de direitos e garantias não quantificáveis - processo justo, privacidade, dignidade humana, acesso à jurisdição, duração razoável do processo, bem estar social - o Direito pode explorar a dimensão *cognitiva* da comparação entre prós e contras. Ou meramente indagar quão altos os benefícios teriam que ser para justificar os custos identificados.³⁶⁶

³⁶⁵ Há grande controvérsia sobre o emprego deste método de análise em questões legais.

³⁶⁶ Registre-se que a impossibilidade de monetizar, para fins comparativos, fatores que devem entrar na conta, qualitativamente, como dignidade humana e justiça - além de fatores que seriam de difícil quantificação em razão dos limites do conhecimento existente - Sunstein, em outra obra (SUNSTEIN, Cass. (SUNSTEIN, Cass. **The Limits of Quantification**. California Law Review, v. 102, n. 6, dez/2014, p. 1369), propõe a utilização da análise de ‘ponto de equilíbrio’ (breakeven analysis). Apresentam-se como obstáculos à quantificação ou à monetização de vantagens e desvantagens de determinada medida, para fins de comparar ganhos e perdas, aspectos como

No caso, a tomada da melhor decisão informada possível pelo julgador, mediante processo justo, assegurado às partes o direito ao debate e à produção de prova lícita. Para o que aqui interessa, e, por óbvio, sem pretender ingressar de forma aprofundada nos intrincados aspectos técnicos de avaliação de políticas públicas, é possível identificar as fronteiras inferiores e superiores, não monteadas, dentro das quais há relação positiva de conveniência e, portanto, justificabilidade das soluções propostas.

A legislação não deixa de comparar valores não mensuráveis. O art. 563, do CPP,³⁶⁷ v.g., orienta a tendência jurisprudencial a somente decretar nulidade de atos processuais mediante a comprovação efetiva de prejudicialidade - e algumas das questões que emergem na instrução da ação penal fornecem uma boa coleção de exemplos.³⁶⁸ O raciocínio implica em que valores antagônicos e não quantificáveis sejam sopesados, decretando-se a vitória de um deles: de um lado da balança está o devido processo legal, garantia não passível de mensuração ou quantificação que o ato processual impugnado teria lesado; de outro lado, os custos, no sentido mais amplo do termo, da necessidade de repetição de tais atos. Reconhece a jurisprudência, na esteira da legislação, que somente em caso de *prejuízo comprovado à parte prejudicada* serão enfrentados os custos de renovação de atos processuais, e que não o justificam o descumprimento da lei, quando inócuo. Logo, em alguma medida, em avaliação

ignorância ou incerteza quanto às consequências, presença de grandes margens de vantagens sem a estimação de probabilidades (v.g., identificação do custo social das emissões de carbono em 2013 em ampla margem, de \$6 a \$66, sem a presença de valor central), quantificação sem monetização (v.g., custos econômicos e emocionais do terrorismo podem ser enumerados, mas sua monetização é particularmente difícil); equidade, justiça, dignidade, distributividade, vez que a solução deve ao mesmo tempo ter eficiência no bem estar social e econômica. Resumidamente, caberia indagar quão altos estes benefícios não qualificáveis devem ser para justificar seus custos, dada a finalidade perseguida.

³⁶⁷ Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

³⁶⁸ O art. 188 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 10.792/2003, passou a dispor que, após as perguntas formuladas pelo juiz ao réu, podem as partes, por intermédio do magistrado, requerer esclarecimentos ao acusado. II – O indeferimento de reperguntas pelo defensor de um dos réus aos demais corréus ofende os princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e da isonomia, gerando nulidade absoluta. Precedentes. III – Contudo, o entendimento desta Corte também é no sentido de que, para o reconhecimento de eventual nulidade, ainda que absoluta, faz-se necessária a demonstração do efetivo prejuízo, o que não ocorre na espécie. Precedentes. (STF, HC 116132, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 17/09/2013). “Esta Corte de Justiça firmou o entendimento de que a inversão da oitiva de testemunhas de acusação e defesa não configura nulidade quando a inquirição é feita por meio de carta precatória, cuja expedição não suspende a instrução criminal” (HC 167.900/MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 27/09/2011, DJe 13/10/2011). Segundo a legislação penal em vigor, é imprescindível, quando se trata de alegação de nulidade de ato processual, a demonstração de prejuízo, em consonância com o princípio *pas de nullité sans grief*, consagrado pelo legislador no art. 563 do CPP, verbis: “Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”. (STJ, HC 290.185/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 03/02/2015, DJe 11/02/2015). “Esta Corte vem entendendo como nula a realização do interrogatório por meio de videoconferência, antes da regulamentação conferida pela Lei 11.900/2009. 3. A ratificação posterior do interrogatório pode ser admitida como se novo interrogatório fosse, com aproveitamento do conteúdo prévio, daí não resultando prejuízos concretos.” (STJ, (HC 113.939/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, sexta turma, julgado em 16/12/2014, DJe 03/02/2015).

criteriosa, o cumprimento estrito da lei de ritos, que encerra valores não mensuráveis, é valorado com *menor* ênfase relativamente aos custos de renovação de atos processuais à coletividade, quando não verificáveis concretamente os seus prejuízos.³⁶⁹

Outra forma de avaliação, ainda, é a da exploração de casos comparativos, nos quais os relevantes valores constitucionais já tenham sido quantificados³⁷⁰ - v.g., se é certo que não cabe decretar a nulidade do processo porque foi alterada a ordem de oitiva de testemunhas por intermédio de carta precatória,³⁷¹ com maior razão não se deve decretá-la quando as testemunhas, embora ouvidas *na ordem legal correta*, foram inquiridas com apenas 3 dias de diferença entre elas. Se já foi comparativamente mensurada a prevalência de um valor dado sobre o outro, variações para menos do valor sacrificado não terão a aptidão para inverter a equação - “*se vale o mais, vale o menos*”.

Dito isso, deve-se arrolar os principais custos e os benefícios sociais que poderiam ser confrontados para fins de análise comparativa. Antecipe-se que, paralelamente aos custos sociais para o funcionamento dos serviços públicos judiciais e para a coleta de provas, o acréscimo de precisão na prestação jurisdicional, *em alguns casos*, traz benefícios à sociedade, como o aumento da coordenação social e o aprimoramento do ordenamento jurídico, a moldagem de comportamentos e a dissuasão de ilícitos, o aumento da compreensão de obrigações legais e a prevenção. No âmbito do direito processual, os efeitos benéficos se relacionam à redução da litigância de má-fé, ao estímulo para que partes ajuízem litígios que demandam grande precisão da corte, a possibilitar sejam socialmente sancionados em nível ótimo os comportamentos ilícitos a eles relacionados, fomentando o cumprimento voluntário das sentenças e a adesão a acordos preventivos ou terminativos de litígio, reservando o Judiciário para a solução de novos e relevantes problemas.

O despertar de consciência para a presença de tais implicações na sociedade terá, por si só, a aptidão de aprimorar a elaboração e interpretação de leis, incrementar a transparência e estimular a reflexão sobre o leque de questões que se abrem a partir daí.

³⁶⁹ Há quem sustente que, nos casos de descumprimento da lei processual, a solução não deve passar pela aferição de prejuízo à defesa. Ver, v.g., STRECK, Lenio. **Por Que Tanto se Descumpre a Lei e Ninguém Faz Nada?** Consultor Jurídico, 14/11/2013. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-14/senso-incomum-tanto-descumpre-lei-ninguem-faz-nada>>. Acesso em 12 de junho de 2014.

³⁷⁰ SUNSTEIN, Cass. **The Limits of Quantification**. California Law Review, v. 102, n. 6, dez/2014, p. 1369

³⁷¹ “Esta Corte de Justiça firmou o entendimento de que a inversão da oitiva de testemunhas de acusação e defesa não configura nulidade quando a inquirição é feita por meio de carta precatória, cuja expedição não suspende a instrução criminal” (HC 167.900/MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 27/09/2011, DJe 13/10/2011).

1.1 Custos

1.2.1 Custos e escassez

Custos estão sempre presentes, relacionados aos constrangimentos da realidade, seus limites e a presença da escassez, diante dos quais a solução perfeita, na qual toda a gama de resultados redunde incondicionalmente em aumento de bem estar, não está disponível. *Limitações* são inerentes a cada escolha, assim como o são os resultados negativos indesejáveis. Devem, portanto, se fazer presentes na linha de conta da decisão, individual³⁷² ou coletiva.

A *escassez*, que corresponde à desproporção entre as necessidades e os recursos disponíveis para a sua satisfação, é objeto de estudo das ciências econômicas.³⁷³ Necessidades públicas, crescentes e infinitas, em cenário de inexorável insuficiência de recursos, decretam a impossibilidade de satisfação integral de desejos humanos, de modo que escolhas coletivas sejam forjadas no entrechoque de preferências antagônicas. Comparar custos e benefícios e estabelecer escalas de prioridade se torna inescapável - o que, em termos de orçamento público, equivaleria a responder a pergunta formulada por V.O. Key: “*em quais bases deverá ser decidido alocar ‘x’ dólares na atividade (A) ao invés da atividade (B)?*”³⁷⁴

Como já referido, necessidades e utilidades sociais reais se traduzem, juridicamente, em valores constitucionais, que se limitam e restringem, interna e externamente - não olvidando o *status* constitucional do próprio postulado de equilíbrio das contas públicas³⁷⁵ - e “*o orçamento público representa um julgamento sobre como meios escassos poderão ser alocados para produzir o máximo retorno em utilidade social*”³⁷⁶.

³⁷² Freud (FREUD, Sigmund. **Formulações sobre os dois princípios de funcionamento mental**. Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro: Imago, 1985, V. XII), diria que ao oceânico princípio do prazer (o infante não negocia com limitações) lentamente o princípio da realidade passa a se opor no horizonte mental do ser humano, derivado do progressivo reconhecimento da marcante impossibilidade de satisfação imediata.

³⁷³ Economia é a ciência que estuda o comportamento humano como um relacionamento entre fins e meios escassos, os quais têm usos alternativos” (ROBBINS, Lionel. **An Essay on the Nature and Significance of Economic Science**. 2ª., ed. London, 1935)

³⁷⁴ V. O. Key. **The lack of a budgetary theory**. The American Political Science Review, Vol. 34, nº. 6, Dec., 1940, pp. 1137-1144. Disponível em <<http://academic.evergreen.edu/curricular/atpsmpa/V.%20O.%20Key%20Jr.%20Lack%20of%20a%20Budgetary%20Theory.pdf>>. Acesso em 19 de maio de 2015, p. 1138.

³⁷⁵ No particular, a Constituição regulamenta o orçamento da União, determinando a estipulação de plano plurianual (“...diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada”, art. 165, par. 2, CF); a elaboração de lei de diretrizes orçamentárias (“...metas e prioridades da administração pública federal...”, art. 165, par. 2, CF) e os orçamentos anuais (art. 165, III, CF).

³⁷⁶ V. O. Key. Op. Cit., p. 1138.

E isso que leva a doutrina norte-americana a indagar se “*juízes tomam decisões orçamentárias?*”, ou se “*juízes sabem o que estão fazendo, no sentido orçamentário?*”.³⁷⁷ Porque suas decisões impõem custos, sejam no que pertine às consequências de direito material, expressas nas decisões de mérito e na atribuição de direitos que ela sugere à toda a sociedade,³⁷⁸ seja nos gastos determinados na condução do processo. Estes, os custos “*administrativos*” do Poder Judiciário, seriam, no dizer de *Shavell*, os “*custos suportados pelo estado para a aplicação de uma regra jurídica, e as custas judiciais e relacionadas, suportadas pelas partes da demanda*”³⁷⁹.

Os serviços públicos judiciais podem ser vistos como *bens econômicos*, pois, dotados de utilidade, sobre eles a escassez projeta seus efeitos (custos e limites, rivalidade de uso, congestionamento ou exaustão etc.). Contrariamente se dá com bens *livres*, como o ar, que não são escassos.

A maximização do bem-estar social supõe, portanto, que recursos escassos sejam utilizados de forma eficiente.³⁸⁰ É diante da escassez que os custos ganham relevo, e boas decisões coletivas de distribuição de bens ampliam a felicidade social. Segundo *Galdino*,³⁸¹

“(...) houvesse bens (direitos então livres) e recursos ilimitados, e sequer existiria a economia, que se dedica precipuamente à questão de como produzir o máximo de bens econômicos a partir da escassez de recursos. Não os há, e é preciso alocá-los (isto é, distribuir os que existem)... [A escassez] impõe à comunidade - principalmente ao poder público estabelecido conforme a organização política adotada em dada sociedade - a complexa tarefa de direcioná-los. A escassez gera conflito entre os homens em torno aos bens”.

A escassez, e os custos dela derivados, torna imperativo que a sociedade tome decisões alocativas, e opte por quais bens econômicos irá preservar e quais irá sacrificar, em processo que implica na valoração de prós e de contras, e na aferição de qual conjunto de

³⁷⁷ STRAUSSMAN, Jeffrey D. **Courts and Public Purse Strings: Have Portraits of Budgeting Missed Something?** Public Administration Review Vol. 46, nº4, 1986, pp. 345-351. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/976308>>. Acesso em 19 de maio de 2015.

³⁷⁸ Sobre o custo dos direitos, ver HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. New York and London: W. M. Norton, 1999.

³⁷⁹ SHAVELL, Steven. **Liability for acidentes**. In.: POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven (eds.). Handbook of law and economics. Disponível em <<http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/07-Shavell-Liability%20for%20Accidents-Hdbk%20of%20LE.pdf>>. Acesso em 19 de maio de 2015.

³⁸⁰ Sobre a função de alocação eficiente dos recursos econômicos, e sobre falhas de mercado na alocação ótima de fatores de produção, ver FERNANDES, Abel Costa. **Economia Pública: Eficiência econômica e teoria das escolhas colectivas**. 2ª ed., Lisboa: Edições Sílabo, p. 20 e 23. Sobre a produção privada de bens públicos, ver VAZ, Paula. **A Produção Privada de Bens Públicos**. In.: Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Souza Franco. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. III. Coimbra, Coimbra Ed. 2006, pp. 579-589.

³⁸¹ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos Não Nascem em Árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 155-156.

circunstâncias prepondera diante de necessidades ou de preferências - *a vida é a arte do possível*, como revela o dito popular.

O direito também administra custos e vantagens. A lei em abstrato e a prática jurídica em concreto se defrontam com custos - ainda que seja o custo da demora não razoável na prestação jurisdicional. Tanto mais as decisões jurídicas ignoram os custos subjacentes às soluções disponíveis, menos planejadamente eles irão infligir a sociedade, perdida a chance da tomada de decisão maximizadora, orientada e consciente. Ignorar a finitude, que impõe limitações e custos, significa negar vigência, inconscientemente, a valores contrapostos, estabelecidos constitucionalmente.

No caso da jurisdição, limitações são impostas pelos custos monetários do processo judicial, financiados pelo orçamento público. A escassez impõe também limitações ao capital humano, à estrutura judiciária, à capacidade administrativa e política, dentre outros. Estas limitações podem ser vistas como *custos*, uma vez sua superação requer a mobilização de recursos, muitas vezes em volumes proibitivos.

Mais do que isso, verifica-se um *incontornável* descompasso entre a estrutura judiciária e a satisfação integral e perfeita da função jurisdicional, o que leva à priorização - vale dizer, a que escolhas sejam feitas, ainda que concernentes à classes de preteridos. Decidir quem serão os preteridos não somente pela lente do processo individual, como pelos benefícios sociais da jurisdição, e conforme os limites do sistema, é essencial para que a exclusão não se produza inconscientemente, recaindo sobre indivíduos que, sensíveis à urgência, são obrigados a alienar seus direitos.³⁸²

Prosseguindo, cada porção de utilidade sacrificada em prol da preservação ou manutenção de outra também consiste em um *custo*, que pode ou não estar representado monetariamente pelo preço. No processo judicial, muitas vezes o custo não está explícito e não é dimensionado ou levado em consideração pelas partes e pelo juiz, a quem cabe “*dirigir o processo*”³⁸³ - contrariamente ao que ocorre no Tribunal Arbitral, que mantém no horizonte de considerações a relação entre os resultados do arbitramento e os custos da adjudicação.³⁸⁴ Não pensar em custos pode implicar, todavia, em que uma das partes, ou a sociedade, reste desnecessariamente sobreonerada, em prejuízo do particular, da eficiência do sistema de público de solução de disputas e até do acesso à jurisdição.

³⁸² Ver II Parte, Cap. 2, item 3.

³⁸³ CPC, art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código.

³⁸⁴ EMONS, Winand; FLUET, Claude. **Accuracy versus Falsification Costs: The Optimal Amount of Evidence Under Different Procedures.** Forthcoming Journal of Law, Economics and Organization, p. 1-30, Jul/2007.

Como exaustivamente observado, a obtenção de maior precisão na prestação jurisdicional envolve consideráveis custos sociais e privados. Maior precisão na decisão judicial será obtida através da coleta e análise de mais provas, e provas de qualidade superior. Quanto mais numerosos e complexos os atos processuais necessários para que se decida o litígio, como longas audiências e elaboração de perícias judiciais, maiores serão os custos econômicos envolvidos no aumento da precisão. Ainda, a crescente profusão de informações produzidas e disponibilizadas gera custos de triagem, erros e ruídos informacionais.

Ademais, não é de se olvidar a existência de uma gama crescente de interesses públicos que não têm pertinência com a resolução de conflitos, que competem de forma dinâmica com os recursos orçamentários destinados aos serviços judiciários, cuja destinação estará sempre aquém das necessidades, tendencialmente crescentes pela exponencial sofisticação de exigências de bem estar.

Consubstanciando princípio constitucional, é desnecessário ir demasiado além para justificar que a utilização dos recursos e das estruturas institucionais disponíveis ao Poder Judiciário devem ser otimizadas através de opções racionais, com vistas ao jogo entre benefícios sociais e custos das diversas opções disponíveis.

Por isso que a arquitetura de um grande percentual de institutos jurídicos tem por finalidade o equilíbrio entre o desejado aumento da precisão e o bom emprego dos recursos despendidos para atingi-lo.³⁸⁵

A busca deste balanço faz com que seja colocada em linha de consideração a conveniência *social* do aumento de precisão jurisdicional, despertando a consciência da imperatividade de uma opção: o quanto de *exatidão* é necessário sacrificar ante os limites delineados pelo custo e pela escassez inerente ao sistema judicial, em atendimento à ordem do possível.

1.2.2 Custos do litígio e custos do aumento da precisão judicial

No cotidiano forense não é frequente que o juiz se aperceba de que, a cada vez que determina a produção de uma prova no processo, está despendendo recursos das partes e do erário público. Ainda, a repetição de atos processuais, tão frequente na realidade processual brasileira, provoca que cada anulação de prova implique em renovação de custos.

³⁸⁵ KAPLOW, Louis. **The value of accuracy in adjudication:** an economic analysis. The Journal of Legal Studies, v. 23, n. 1, jan 1994, p. 308.

É intuitivo que os custos privados e sociais sejam grandemente ampliados para a promoção de maior precisão - a oitiva de longo rol de depoentes fortalece a prova testemunhal e desestimula o perjúrio; a nomeação de equipe de renomados peritos, que possa contar com apoio institucional e laboratórios, embora mais dispendiosa, aprimora o parecer técnico e reduz a chance de captura.

Ainda, ocorre ampliação do custo para que a qualidade da jurisdição possa corresponder à maior complexidade da causa, determinando que regras jurídicas sejam apreendidas e empregadas - como as que cercam sofisticadas operações financeiras - ou obrigando sejam procedidas intrincadas escolhas, na presença de *casos difíceis* (*hard cases*), cumpridos extenuantes ônus argumentativos e atribuídos pesos a plúrimos valores em colisão, envolvendo alto custo de escolha e decisão.

O custo para o aprimoramento da precisão deve contar com um limite: *“inevitavelmente, em dado ponto, o processo de busca da verdade somente poderá aumentar na proporção exata dos custos (dinheiro, tempo, intervenção etc.), que excedem quaisquer benefícios que partes ou sociedades possam obter deste esforço”*. A lei deve impor alguns limites no desenvolvimento da busca de informações antes que o sistema esbarre nos seus próprios esforços para atingir seus objetivos.³⁸⁶

Como observa *McG. Bundy, Kaplow* estatuiu que litigantes irão despender recursos para melhorar a qualidade da prestação jurisdicional *desde* que esta melhora seja superior ao custo de sua obtenção. Se os benefícios forem inferiores ao custo, as partes podem se beneficiar ao acordar *ex ante* determinados limites para a apresentação de informações, acordo que irá reduzir os custos do litígio sem contudo enfraquecer incentivos sociais de cumprir obrigações legais.³⁸⁷

Para ilustrar o equilíbrio entre os benefícios da precisão em face de seu custo processual (custo de produção de mais e melhores evidências), mencione-se a hipótese elaborada por *Emons e Fluet*:³⁸⁸ o juiz deve decidir um litígio que supõe a descoberta de um número exato, como o valor dos danos que uma parte deve a outra. O requerido deseja que este número seja o menor possível e o requerente o quer amplo, caracterizando-se neste ponto um

³⁸⁶ SAKS, Michael J. **Enhancing and restraining in accuracy adjudication**. Law and Contemporary Problems, v. 51, n. 4, Empirical Studies of Civil Procedure, Part 2, 1988, p. 244

³⁸⁷ McG. BUNDY, Stephen. **Valuing Accuracy - Filling out the Framework**: Comment on Kaplow. The Journal of Legal Studies, v. 23, n. 1, jan/1994, p. 419.

³⁸⁸ EMONS, Winand; FLUET, Claude. Accuracy Versus Falsification Costs: The Optimal Amount of Evidence Under Different Procedures. Forthcoming Journal of Law, Economics and Organization, p. 1-30, Jul/2007.

conflito de interesses. Ambas as partes sabem o real valor do dano. Apresentar evidências envolve um dado custo. Além disso, as partes podem pretender que a prova se produza na direção de sua tese. Quanto mais a parte forçar que a prova se faça para além da verdade, mais alto o custo a ser despendido - v.g., na captura do perito ou na persuasão de testemunhas. Em contrapartida, quanto mais depoimentos testemunhais o juiz tomar, mais aperfeiçoado se tornará o seu convencimento no sentido do verdadeiro valor indenizatório. Quanto mais alto o custo para as partes, menor a chance de que a fraude prepondere, vale dizer, maior a precisão. O julgador irá escolher o número de depoimentos de modo a minimizar as perdas derivadas da adjudicação incorreta, mas dentro do limite aceitável de custo processual, verificando-se o *trade-off* entre os benefícios da busca da verdade contra os custos de obter a evidência.

Tenha-se em mente que os custos de maior precisão devem compreender também os custos para que os indivíduos aprendam sobre as consequências da adjudicação.³⁸⁹ E que custos variam entre pessoas ou grupos envolvidos, podendo pesar mais para alguns do que para outros, e oscilam conforme o momento, as circunstâncias e o contexto.

Concluindo, se o processo judicial envolve custos para a sua formação e tramitação, tais custos irão aumentar, grosso modo, na proporção em que ampliada a precisão da decisão judicial - muito embora não esteja afastado que decisões muito precisas possam ser projetadas a um menor custo.

1.2.3 Custos monetários e custos econômicos

É bastante divulgada a noção de que os direitos têm custos. Porém, há pouco debate sobre a *dimensão* dos custos envolvidos no exercício mesmo da jurisdição, despendidos para a resolução pública de disputas, e que *superam largamente os gastos monetários* ou pecuniários.

São custos *monetários* todos os encargos de fácil mensuração pecuniária, ou os registrados contabilmente, ou constantes de orçamentos. São despendidos, em geral, para a manutenção da estrutura material (prédios, equipamentos, veículos) não só do Poder Judiciário, como também dos demais órgãos ou escritórios, públicos e privados, a ele relacionados em sua atividade fim, como departamentos de polícia e de perícia legal, procuradorias, defensorias, Ministério Público, organizações não governamentais, dentre outros.

³⁸⁹ KAPLOW, Louis. **The value of accuracy in adjudication:** an economic analysis. The Journal of Legal Studies, v. 23, n. 1, jan 1994.

Nessa categoria incluem-se os gastos para a remuneração de mão de obra de juízes, advogados, delegados, peritos, servidores, assim como o pessoal inativo, como aposentados pensionistas.

Os custos *não monetários* se definem pelo sacrifício, ou pela não fruição, de todos quaisquer bens que possam ser valorados pelas pessoas ou coletividades envolvidas. O custo de algo é, portanto, equivalente ao *valor ou utilidade* do que se renuncia para obtê-lo.³⁹⁰ E o *valor*, para a sociedade, da preservação de um parque público, da construção de uma estrada ou hospital, da satisfação de determinado direito fundamental, embora seja *econômico*, não é monetário.

O verdadeiro custo é o de oportunidade. É a expressão “*da relação básica entre escassez e escolha*”³⁹¹, podendo ser definido como o ‘*preço*’ da renúncia de um bem de modo a se obter outro bem. Cooter e Ullen³⁹² definem custo de oportunidade como “*o custo econômico de uma alternativa que foi deixada de lado*”.

Se não é possível ter tudo, a troca de morangos por cerveja envolve um custo não monetário. A sociedade que abre mão de uma fração da liberdade individual em prol do aumento marginal em segurança também está incorrendo em um custo econômico não monetário, pois este é o custo de oportunidade resultante da opção adotada. Em virtude da escassez, representam custos de uma opção também os *benefícios que poderiam advir das oportunidades renunciadas*, que foram deixadas de lado em virtude dessa preferência. Do mesmo modo, os direitos ou garantias que deixaram de ser satisfeitas em razão da preferência pela realização de outros direitos ou garantias.

A maior precisão da decisão judicial também é custeada pelas partes e pela sociedade, que abrem mão de outras opções em favor da alocação de recursos à disposição do Judiciário. São identificáveis, além dos custos monetários, outros custos econômicos, mediatos ou imediatos - do tempo, de decisão, do sacrifício, total ou parcial, de direitos fundamentais das

³⁹⁰ Existe diferença entre o custo de comprar um refrigerante sem gelo na prateleira do supermercado vizinho, e o de comprá-lo gelado em um bar situado a 400 metros de distância, se o preço de ambos é o mesmo? A resposta será positiva se o benefício de beber o refrigerante gelado for maior do que o de caminhar 400 metros. Além disso, a pressa ou a presença de uma perna quebrada aumentará o custo de oportunidade. Se uma cidade decide construir um hospital num terreno vazio, o custo de oportunidade é representado pela renúncia a erguer outras construções naquele terreno e com o capital investido, como um centro desportivo, estacionamento, ou ainda a venda do terreno para amortizar parte das dívidas municipais.

³⁹¹ BUCHANAN, James M. Opportunity cost. In.: **O Novo Palgrave: Um Dicionário de Economia**, v. 3, 1987, p. 718. Disponível em <http://www.dictionaryofeconomics.com/contributor_articles?id=BuchananJamesM&result_number=293>. Acesso em 19 de maio de 2015, p. 718.

³⁹² COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5a ed., São Paulo: Bookman, 2010, p. 53.

próprias partes e de terceiros, de liberdades e propriedade restringidas em nome do recolhimento dos tributos destinados etc.

Constituem custos os inevitáveis *erros* envolvidos na adjudicação, que recaem de forma direta sobre as partes e implicam também perdas sociais indiretas;³⁹³ o *tempo* transcorrido durante o trâmite processual;³⁹⁴ a restrição à liberdade e à propriedade dos contribuintes, atingidas pelo exercício do poder de tributar, que financia a atividade jurisdicional; a ampliação da burocracia e seus malefícios; o custo político e de legitimação social oriundos do exercício do poder do Estado-juiz sobre a esfera individual, econômica e social dos cidadãos.

Direitos fundamentais serão inevitavelmente restringidos cada vez que ocorre uma determinação judicial relativa a prova, o que bem exemplifica a dimensão do custo econômico da jurisdição precisa, ainda que tal restrição decorra de reserva constitucional expressa de lei restritiva: a intimação judicial e coercitiva de testemunha, para que compareça em juízo e preste depoimento, implica em *limitação do direito de ir e vir*, podendo gerar repercussões na intimidade e privacidade do depoente, ou em sua atividade econômica ou trabalho, atingindo, por vezes, a sua segurança e imagem³⁹⁵, existindo inegáveis ônus àquele que irá depor em desfavor de uma parte. A restrição destes direitos de depoentes e testemunhas não pode deixar de ser percebida como custo em sentido amplo.

São dispendiosas, também, as medidas correcionais, de fiscalização, como também as destinadas a superação de limites inerentes, como os cognitivos, de operadores humanos, e a redução da incapacidade administrativa, problemas que demandariam custos exorbitantes para serem vencidos.

Os esforços humanos para tomada de decisão não são desprezíveis. Descobertas no campo das neurociências referem haver limite de informações que o cérebro humano consciente

³⁹³ Sobre o custo do erro judicial, ver Posner (POSNER, Richard. POSNER, Richard. **An economic approach to legal procedure and judicial administration**. Journal of Legal Studies, v. 2, 1973, p. 400).

³⁹⁴ O tempo se apresenta como custo variável, a depender de pessoa para pessoa. Achados informam, porém, contraintuitivamente, que o tempo é subjetivamente sentido como mais escasso pelas as pessoas mais pobres, estando para elas menos disponível (MOON, Alice; CHEN, Serena. **The power to Control Time: Power Influences How Much Time (You Think) You Have**. University of California, Berkeley, Journal of Experimental Social Psychology, 2014).

Por outro lado, o exercício de poder gera a tendência a subestimação do tempo necessário à realização de tarefas, o que pode levar a que o juiz subestime o tempo (custo) despendido no cumprimento de determinações processuais, o que poderá onerar de forma mais acentuada o litigante mais pobre (MANI, Anandi [et al]. **Poverty Impedes Cognitive Function**. Science 30/8/2014, vol. 341, n. 6149, p. 976-980).

³⁹⁵ Tanto que a Lei 6.075, de 02/10/1997, dispõe sobre a proteção à imagem de presos, vítimas e também testemunhas, o que se obtém, por sua vez, ao custo da restrição à liberdade de expressão e de informação.

está apto a manipular. A fadiga decisória gera aversão à tomada de decisão³⁹⁶. Erros cognitivos são realidade comprovada, conforme trabalhos de *Kahneman e Tversky*.³⁹⁷

Em resumo, os custos para promoção da precisão da decisão judicial são visualizáveis de forma ampla e têm variada natureza e magnitude, não se reduzindo aos monetários.

1.2.4 Custos privados e custos sociais

Litigar envolve custos *privados*, suportados pelas partes, desembolsados anteriormente ao ajuizamento ou durante todo o processo, e podem incidir ainda que sobrevenha acordo. Envolvem todas as despesas envolvidas no litígio, como as custas processuais, honorários de advogados e peritos, deslocamentos, tempo das partes e de testemunhas, bem como o *custo de oportunidade* das partes. Por isso, o Código de Processo Civil estabelece que, “*salvo as disposições concernentes à justiça gratuita, cabe às partes prover as despesas dos atos que realizam ou requerem no processo, antecipando-lhes o pagamento desde o início até o final*”³⁹⁸.

Porém os custos privados do litígio irão muito além. Computam-se amplamente todas as perdas, dos pagamentos realizados às utilidades sacrificadas em virtude do processo judicial, como o tempo de lazer que as partes deixaram de fruir ou os outros empreendimentos que poderiam ter sido desenvolvidos com o tempo e recursos despendidos - o custo da melhor oportunidade alternativa.

Segundo a análise econômica e para partes neutras ao risco, como regra, a decisão de litigar ou de prosseguir no processo como requerido supõe que tais custos sejam *inferiores*

³⁹⁶ Ver LEVITIN, Daniel J. **The Organized Mind: Thinking Straight in the Age of Information Overload**. New York: Dutton, 2014. A respeito do tema da tomada de decisão sob o ponto de vista das neurociências, ver Neuroeconomics: Decision Making and the Brain Paul W. Glimcher; Ernst Fehr. Neuroeconomics, Judgment and Decision Making, 11 Jul 2014, Evan A. Wilhelms e Valerie F. Reyna.

Para Levitin, com a profusão de informações surgem dificuldades para distinguir a informação útil e relevante daquela que alimenta julgamentos equivocados. Cada vez que o indivíduo ignora alternativas e formula opções, essa decisão vem a um custo, o da fadiga decisória, que dificulta a tomada das decisões subsequentes, reduzindo o impulso para a tomada de decisões. Segundo essa teoria, cada informação acessada, v.g. nas redes sociais, compete com recursos cerebrais para a tomada de decisões importantes, reduzindo a capacidade produtiva. Ainda, aumenta a incidência de pontos cegos cognitivos (inattentional blindness), a incapacidade de saber qual parte da informação está ausente, pois o cérebro pode ignorar coisas que não são prioritárias no momento, ainda que estejam sob o alcance do olhar. Ainda, a aptidão para a multitarefa é mito, pois o cometimento de tarefas simultâneas implica em que menor atenção seja dedicada a cada uma delas; processar informações complexas, como análise estatística, gera cortisol; decisões importantes demandam estratégias.

³⁹⁷ TVERSKY, Amos; KAHNEMAN Daniel. **The framing of decisions and the psychology of choice**. Science, New Series, Vol. 211, nº. 4481. (Jan. 30, 1981), pp. 453-458.

³⁹⁸ Art. 19, do CPC.

à quantificação de suas pretensões jurídicas, ou seja, menores que o montante que o requerente espera receber e maiores do que o requerido espera será condenado a pagar. Vale dizer que gastos são realizados na medida em que, como consequência, acarretem no aumento do valor a ser obtido em caso do esperado sucesso, para o requerente, ou redução do montante a pagar, até a *absolvição*, para o requerido.³⁹⁹

Observe-se que, ainda assim, poderão ser ajuizadas ações com *valor negativo esperado* (*Negative Expected Value - NEV*). Ações frívolas ou temerárias podem custar ao requerente *mais* do que o importe que acredita lhe seja devido, sendo manejadas na expectativa estratégica de ganhos derivados de erro judicial ou da realização de acordo.⁴⁰⁰ A assimetria informativa presente entre requerente e requerido pode impedir que este último anteveja que a demanda não tem fundamento, formalizando acordo ou deixando de se defender apropriadamente.

Custos dependem, regra geral, de como a outra parte irá agir, em atendimento a estratégia processual para vencer o oponente, e, abstraída a possibilidade das partes acordarem relativamente ao limite de gastos processuais - o que poderia, v.g., ser obtido através de alteração das regras codificadas sobre o ônus da prova⁴⁰¹ - são realizados de forma não-colaborativa,⁴⁰² aumentando ou diminuindo estrategicamente a depender do comportamento da parte adversa.⁴⁰³

A soma dos dispêndios realizados por todas as partes não cobre a totalidade dos custos de funcionamento do Judiciário, porém, que é grandemente subsidiado pelo Estado. Maior precisão jurisdicional, não sendo financiada integralmente pelas custas recolhidas, envolve vultuosos custos sociais, implicados no funcionamento do sistema judicial como um todo, compreendido o Poder Judiciário e demais órgãos, privados ou estatais, de controle, investigação, persecução, representação, defesa, informação etc. Seriam compreendidos encargos de pessoal, pensões, deslocamento, aluguel implícito de edifícios e equipamentos, manutenção da estrutura material, investimentos etc.

³⁹⁹ KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. **Economic Analysis of Law**. Harvard Law School, John M. Olin Center for Law, Economics and Business, Discussion Paper No. 251, fev/1999, p. 46.

⁴⁰⁰ Ver P'NG, Ivan P.L. **Strategic Behaviour in Suit, Settlement, and Trial**. The Bell Journal of Economics, v. 14, n. 2, p. 539-550, 1983; BEBCHUK, Lucian A.; KLEMENT, Alon. **Negative Expected-Value Suits**. Elgar Encyclopedia of Law and Economics. 2ª. ed, forthcoming, Harvard John M. Olin Center for Law, Economics and Business, The Social Science Research Network Electronic Paper Collection, Discussion Paper n. 656, dez/2009.

⁴⁰¹ O art. 333, par. único, do CPC, lhes retira o caráter cogente

⁴⁰² KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. **Economic Analysis of Law**. Harvard Law School, John M. Olin Center for Law, Economics and Business, Discussion Paper No. 251, fev/1999, p. 53).

⁴⁰³ Ibidem, p. 46.

Estes custos são sociais porque são financiados pela afetação de direitos constitucionais dos contribuintes por intermédio de tributos, e não pelos litigantes posicionados em Juízo. Ainda, os custos de oportunidade em relação aos custos sociais derivam das demais possibilidades alocativas das verbas públicas, em atividades outras com possíveis melhores resultados em termos de bem comum - não é o suficiente indagar, quantitativamente, se existem suficientes recursos orçamentários para fazer frente às despesas judiciárias, sendo preciso verificar, qualitativamente, se sua aplicação promove a maximização da utilidade social (bom uso do dinheiro público).

No Brasil, virtualmente é possível que grande camada da população, e ainda pessoas jurídicas,⁴⁰⁴ acessem o Poder Judiciário sem antecipação de custas judiciais - valendo-se da Assistência Judiciária Gratuita⁴⁰⁵ ou da gratuidade dos Juizados Especiais. Ainda, a pesquisa Demandas Repetitivas e a Morosidade na Justiça Cível Brasileira demonstra como a realização de contrato de risco com o advogado (*contingent fee*)⁴⁰⁶ reduz sobremodo o *risco* e o *custo* privado do processo, fatores que podem induzir à utilização do Judiciário para arriscar posições infundadas e protelar a satisfação de obrigações, o que induz a litigiosidade frívola e à externalização que provoca a exaustão. Ainda, Shavell⁴⁰⁷ demonstra que a regra *loser-pays* - ou seja, o vencido arca com as custas processuais de ambas as partes, além de honorários de sucumbência - adotada no Brasil, não desincentiva o ajuizamento da demanda.

Este espectro de circunstâncias, inerentes ao sistema brasileiro, interfere na motivação para litigar, que resulta sobre-incentivada:

Os usuários do Judiciário são agentes racionais que têm variadas motivações para litigar: ausência ou baixo nível dos custos, incluindo aqui também o baixo risco; a busca de um ganho; busca do Judiciário como meio, por exemplo, para postergar responsabilidades (uso instrumental); e a percepção de ter sido lesado moral, financeira ou fisicamente. Dentre todas essas motivações, sobressaem-se em muito,

⁴⁰⁴ Tribunais concedem Assistência Judiciária às pessoas jurídicas, atribuindo-lhes o ônus de demonstrar sua situação econômica - pessoas físicas necessitam apenas declarar seu estado de pobreza.

⁴⁰⁵ Lei 1.060, de 5/2/50.

⁴⁰⁶ A advocacia, na busca de novos nichos de atuação que favoreçam o ingresso de novos clientes, fomenta a reprodução da litigiosidade por meio da criação de novas teses jurídicas. Observa-se o fenômeno da expansão da advocacia massiva contenciosa (especificamente no âmbito previdenciário, um único escritório pode ser responsável por 25% dos processos de uma vara). Grandes escritórios conseguem oferecer formas de cobrança mais atraentes, muitas vezes vinculadas ao êxito da demanda. Havendo concessão da gratuidade processual, o ajuizamento representa ao cliente somente possível ganho, não implicando qualquer ônus com despesas processuais. Nessa advocacia de massa é notório constatar deficiências frequentes na postulação técnica (petição inicial e documentação) e na própria condução do processo que acarretam a necessidade de atos processuais adicionais e tornam o trâmite judicial mais demorado” (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Demandas Repetitivas e a Morosidade na Justiça Cível Brasileira**. Departamento de Pesquisas Judiciárias, Brasília, 2011, p. 14)

⁴⁰⁷ SANCHIRICO, Chris W. **The Economic Analysis of Evidence, Procedure and Litigation**. Institute for Law and Economic Research Paper, n. 06-04, University of Pennsylvania, 2006, item 4.

na percepção dos diversos grupos de entrevistados, a conjugação de baixos custos com baixa exposição a riscos.⁴⁰⁸

Observe-se, nesse caso, a baixa *qualidade social*⁴⁰⁹ de boa parte das disputas ajuizadas, que externalizam custos por intermédio do Judiciário - e nisso são financiadas pela sociedade - em lugar de promover o *desenvolvimento do Direito* em áreas sublitigadas, que estão a demandar o pronunciamento judicial para a criação de *risco jurídico* conducente ao cumprimento voluntário da norma - áreas como direito concorrencial e corrupção.

Pode-se, ainda, cogitar de um efeito exponencial na proporção em que demandas são aforadas e vencidas - o que lembra as pertinentes palavras de Araújo,⁴¹⁰ de que a Justiça pode ser vítima de seu próprio sucesso, devendo funcionar em nível sub-ótimo. Porque quanto melhor funcionarem os serviços públicos judiciais, maior será a procura, até que, ciclicamente, ocorra novo colapso na relação entre estrutura e função e os serviços se tornem novamente ineficientes, expulsando parte da demanda.⁴¹¹

Registre-se, porém, que, com a existência de população em linha de pobreza, o custo relativo do processo no Brasil pode *aumentar* para tais indivíduos. Para eles o custo do tempo é mais alto, e são mais sensíveis ao risco e também à demora na prestação jurisdicional.

Em consequência do que foi apontado pela pesquisa, principalmente no que se refere à qualidade das demandas postas, observa-se acentuado *desalinhamento entre custos privados e sociais do litígio*, que tem sido concebido primordialmente como veículo de satisfação de interesses intersubjetivos de particulares. Não há qualquer planejamento no acesso, permitindo grande margem de oportunismo, a risco zero, com a presença de demandas que, a par de pouco relevante socialmente, nem sempre objetivam a obtenção de '*justiça*'.

⁴⁰⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Demandas Repetitivas e a Morosidade na Justiça Cível Brasileira**. Departamento de Pesquisas Judiciárias, Brasília, 2011.

⁴⁰⁹ Como dito anteriormente, defende-se que a restrição de acesso ao Poder Judiciário se faça seletiva e planejadamente, com atenção à qualidade das demandas ajuizadas, de modo a promover áreas do Direito que necessitem de aperfeiçoamento, mediante mecanismos de incentivo à determinados litígios. Indenizações de danos gerados por práticas anticoncorrenciais, v.g., podem ser multiplicados por três, e aperfeiçoados instrumentos de coletivização dos resultados das demandas, com o que haverá maior sinalização da reprovabilidade da conduta e aumento do risco jurídico para os infratores. Ver II Parte, Cap. 2, item 4.1.

⁴¹⁰ ARAÚJO, Fernando. **Palestra A Justificação das Decisões Judiciais**. Seminário Teoria da Decisão Judicial – Conselho da Justiça Federal. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=mbCG2x-XQE8>>. Acesso em 3 de maio de 2015.

⁴¹¹ Pesquisa levada a efeito no Japão indica que o nível de satisfação com demandas aforadas incentivam o ajuizamento de futura demanda. YAMAMURA, Fiji. **Trial Experience, satisfaction and incentive to bring another lawsuit: Does aspiration level influence winner and losers?** Munich Personal RePEc Archive, 2009. Disponível em <<http://mpira.ub.uni-muenchen.de/16149/>>. Acesso em 3 de maio de 2015.

Em outras palavras, no cenário brasileiro a congestão está presente ao tempo em que são descurados os importantes custos e benefícios sociais, que deveriam entrar em linha de consideração.

Na outra ponta, como os custos dos serviços públicos de resolução de litígio não são integralmente suportados pelas partes privadas, observa-se serem originários primordialmente de tributos recolhidos, fruto da atuação coativa do Estado, que, no exercício do poder de tributar, avança na liberdade e propriedade individuais. É popularmente conhecida a citação de Margaret Thatcher: “*não existe dinheiro público; existe apenas dinheiro do pagador de impostos*”.

A Análise Econômica do Direito fornece excelente arsenal teórico para que sejam escrutinados os problemas envolvidos na tributação, que aqui será brevemente apresentado. Pois é importante frisar, quando se fala em *custos sociais do litígio*, que todo o gasto público implica em alguns benefícios sociais,⁴¹² trazendo consigo, em contrapartida, também prejuízos à sociedade⁴¹³.

A cobrança de tributos não se faz senão sem imensas perdas sociais. O governo enfrenta sérios *problemas*, como assimetria informativa (é ignorada a real capacidade do contribuinte), restrições de capacidade administrativa (captura, corrupção, ineficiência) e limitações políticas (perda de credibilidade), que o impedem de implementar sofisticado, eficiente e *justo* esquema de taxação.

É ampla a doutrina internacional versando sobre problemas de agência e da teoria da escolha pública, revelando como representantes políticos, outros agentes e instrumentos regulatórios podem deixar de servir fielmente os interesses públicos, mas, ao invés, facilmente ser colocados a serviço de grupos de interesses.⁴¹⁴ “*Devemos ter em mente que a escolha entre o governo e as alternativas ao governo, privadas ou quase-privadas, são decisões entre duas opções imperfeitas*”.⁴¹⁵

⁴¹² Como as funções estatais redistributivas, de intervenção nas falhas de mercado (passíveis de correção através do monopólio, regulação, cortes ou negociação privada) e de provisão ou regulação de bens e serviços públicos (como infraestrutura e segurança).

⁴¹³ MENDES, M. **Como o gasto público elevado desequilibra a economia brasileira**. 2011. Disponível em <<http://www.brasil-economia-governo.org.br/2011/07/04/como-o-gasto-publico-elevado-desequilibra-a-economia-brasileira/>>. Acesso em 19 de maio de 2015. Há, no extremo, quem sustente que a presença do Estado gera mais malefícios do que benefícios (Ver ROTHBARD, Murray N. **Anatomy of the State**. Alabama, LvMI – Mises Institute, 2009).

⁴¹⁴ Para revisão da literatura sobre rent seeking ver Michael A. Brooks; Ben J. Heijdra. **An exploration of rent seeking**. The Economic Record, 1989, v. 65, issue 188, p. 32-50.

⁴¹⁵ POLISHCHUK, Leonid. **Public Economics Course**. Department of Economics, Higher School of Economics. Coursera Org., Mai/2014, Lecture 3-1-3.1. Disponível em <<https://pt.coursera.org/course/publiceconom>>. Acesso em 19 de maio de 2015.

Particularmente no que respeita a tributação, o Direito normalmente ressalta como malefícios a afetação negativa do direito constitucional à propriedade privada e à liberdade individual, e estes constrangimentos usualmente justificam as restrições constitucionais expressas ao poder de tributar⁴¹⁶.

Porém, bem para além desta configuração de conflitos, ressaltem-se outros prejuízos sociais bastante pervasivos. Como ensina *Baleeiro*,⁴¹⁷ “*o sistema tributário movimenta-se sob complexa aparelhagem de freios e amortecedores, que limitam os excessos acaso detrimementosos à economia e à preservação do regime e dos direitos individuais*”. Efetivamente, a atividade produtiva, a riqueza social e a *igualdade* são também prejudicadas pela taxaço, que provoca encolhimento ou mesmo a extinção de mercados em detrimento do bem estar social, além de *iniquidades redistributivas*. Mais do que isso, sua cobrança socialmente ótima encerra profunda injustiça.

Por isso que, no horizonte da atuação do Poder Judiciário, devem ser contemplados não só os benefícios privados das partes demandantes, mas as *perdas em bem estar social* produzidas pela apropriação da riqueza social pelo Estado. Com a finalidade de aprofundar o significado dos custos sociais do litígio - como de resto, de toda a atuação estatal - vale a pena descrever, ainda que brevemente, três dessas situações.

A) Tributação, *dead weight loss* e iniquidade

É conhecida de todos a advertência de que a otimização dos recursos públicos é medida obrigatória em virtude da impossibilidade de que uma sociedade (e, de resto, de qualquer indivíduo, empresa ou família) gaste mais do que a riqueza que pode produzir, descontadas as despesas de arrecadação - “*pobreza, no contexto do orçamento, é autoexplicativa*”.⁴¹⁸

São menos difundidos, porém, outros efeitos nefastos decorrentes da arrecadação *per si*, que geram distorções bastante acentuadas, depauperando os recursos de uma sociedade - e com isso a própria arrecadação, circularmente - a clamar que a coleta de tributos se opere da forma menos nociva ao setor privado.

⁴¹⁶ Seção II, Título VI, da CF.

⁴¹⁷ BALEEIRO, Aliomar. **Limitações ao Poder de Tributar**. 7a. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 2.

⁴¹⁸ STRAUSSMAN, Jeffrey D. **Courts and Public Purse Strings: Have Portraits of Budgeting Missed Something?** Public Administration Review, vol. 46, n. 4, pp. 345-351, jul/aug., 1986, p. 345.

A incidência tributária causa ruídos e falhas de mercado, tornando menos eficiente a alocação de recursos destinados a produzir riqueza social. Se a taxa não é fixada para corrigir externalidades (*Pegovian tax*), mas para custear as atividades do governo, é estratégico o desejo que recaia sobre fatos geradores *menos elásticos*, ou menos reativos à tributação. A cobrança irá causar dramática alteração comportamental *quando o contribuinte puder escolher se transferir para outro mercado ou jurisdição* (não tributadas, ou menos tributadas). Contribuintes buscarão refúgio transferindo suas operações e atividades para outras jurisdições ou outras áreas de atuação menos tributadas, afetando negativamente aquela atividade ou direito sobre o qual incidir a alíquota, com *encolhimento do respectivo mercado*.

Essa redução de mercados causada pela tributação de fatos geradores mais elásticos pode ser profunda, levando setores de atividade social a encolher ou até *desaparecer*, deixando de produzir riquezas, empregos e oportunidades. A fatia de mercado que a incidência tributária extingue - *maior* do que o produto líquido da tributação, podendo *superar* em 50% o valor arrecadado - não é apropriada pelo Estado, pelos indivíduos ou pela sociedade, sendo irremediavelmente perdida para nada (*dead weight loss*)⁴¹⁹. A porção de mercado *sacrificada* pela incidência tributária é, portanto, representativamente *maior* do que o ganho monetário do tributo arrecadado.

Prosseguindo, um dos melhores exemplos de fato gerador que não pode ser tributado em grandes alíquotas, ironicamente, é o *capital*, elástico porque volátil, nervoso, e sensível ao risco, sendo facilmente ocultável ou transferível a outra jurisdição mais benéfica⁴²⁰ (paraíso fiscal). Opostamente, se o governo avançar sobre fatos geradores *menos elásticos*, ou com menores opções de refúgio aos contribuintes - como é, v.g., o trabalho assalariado, não contando o trabalhador com outras opções de rendimentos - o mercado não sente de forma tão profunda o *dead weight loss* - o mercado de mão de obra assalariada não irá encolher dramaticamente ou perecer devido a tributação, pois o contribuinte que somente possui o seu trabalho para '*vender*' não conta com a possibilidade de migrar para outros mercados.

Assim, sob o ponto de vista do bem estar social, a tributação de fatos geradores como o trabalho causará menores danos que a tributação do capital (*Ramsey Theory*), por injusta que a ideia possa soar - e justamente aí reside este pouco conhecido problema derivado do gasto

⁴¹⁹ Ver KHAN ACADEMY. **The Effect of Taxation on the Equilibrium Price and Quantity**. Sem data. Disponível em <<https://www.khanacademy.org/economics-finance-domain/microeconomics/consumer-producer-surplus/deadweight-loss-tutorial/v/taxation-and-dead-weight-loss>>. Acesso em 19 de maio de 2015.

⁴²⁰ Ver dados empíricos sobre a fuga de capitais em AFFONSO, Iago Ricardo [et al]. **Os regimes internacionais de combate aos paraísos fiscais: uma análise crítica**. Justiça Enquanto Responsabilidade, v. 4, p. 127-158. Disponível em <<http://sinus.org.br/2014/wp-content/uploads/2013/11/FMI.pdf>>. Acesso em 9 de junho de 2014.

público, o de encerrar obrigatoriamente, além da mencionada redução de bem estar, essa “injustiça” adicional.

Acrescentem-se as restrições de confiança no governo, ou na *estabilidade* das regras de tributação do capital - que depois de empregado no setor produtivo se torna ainda menos elástico do que o trabalho - podem reduzir drasticamente a capacidade de atração, e portanto tributação, do capital livre, no *ex ante*, de alguns governos com má reputação e baixa credibilidade - punindo a sociedade com ainda maior aumento nas taxas de juros, v.g., para atrair capital externo.

As perdas de bem estar social são inegáveis.

B) Tributação sobre o consumo e desigualdade social

As distorções da tributação excessiva não se esgotam aqui, pois ainda o peso dos tributo fixos,⁴²¹ como o incidente sobre o consumo de bens essenciais, pouco elásticos, acaba onerando desproporcionalmente o contribuinte mais pobre, absorvendo um percentual maior de sua renda mensal.

Isso porque, no desenho da tributação ótima, persiste o dilema entre eficiência arrecadatória e distribuição de renda⁴²². Se não estivesse preocupado com a distribuição de renda, o governo poderia tributar a todos igualmente, criando um *valor fixo* por pessoa, arrecadável a baixo custo. Isso seria, contudo, bastante injusto, mormente em um país com grande desigualdade, pois as pessoas geram renda de forma diferente. Por razões de equidade, a tributação deve atender a capacidade contributiva - dado que fosse possível tributar um integrante da classe A em \$ 1.000,00, a mesma exação para um integrante da classe C representaria confisco,⁴²³ retiradas suas possibilidades de sobrevivência.

A maioria das pessoas concebe que um sistema de tributação progressiva (alíquotas aumentam progressivamente conforme aumenta a renda), baseado na capacidade contributiva,

⁴²¹ A carga tributária bruta de 2013 no Brasil correspondeu a 35,95% do PIB, conforme dados divulgados pela Receita Federal. Para o presidente do Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário (IBPT), cerca de 70% da arrecadação incide sobre o consumo, o que torna o sistema regressivo, com pressão maior sobre a renda da camada mais pobre da população. Ver <www.impostometro.com.br>.

⁴²² Ver Kaplow, Louis. **The Theory of Taxation and Public Economics**. Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper Series, Paper 616, 2008. Disponível em <http://lsr.nellco.org/harvard_olin/616>. Acesso em 10 de maio de 2015.

BARBOSA, Ana. **Teoria da tributação ótima sobre o consumo**. Dissertação de mestrado apresentada como requisito de obtenção de título. Rio de Janeiro: FGV/EAESP – Departamento de Economia, 1999. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/5455/1199901616.pdf?sequence=1>>. Acesso em 26 de fevereiro de 2015.

⁴²³ CF, Art. 150, IV

seja mais *'justo'* relativamente ao proporcional (alíquotas fixas). Uma família de alta renda pode arcar com alíquota de, v.g., 35% sobre os seus ganhos, e ainda assim irá lhe restar muito mais recursos do que a outra família mais pobre, tributada em 15% sobre os seus parcos rendimentos.⁴²⁴

Contudo, tentativas de aperfeiçoar essa progressividade tropeçam no *trade-off* entre equidade e eficiência, já que, a partir de uma determinada alíquota, a tributação se tornará extremamente onerosa, fazendo com que os detentores de maior renda *percam o incentivo para produzir mais e efetivamente cessem de fazê-lo*.

Como o sistema de tributação progressiva irá se apropriar de maior parte da renda familiar, na proporção direta de seu crescimento, não haverá incentivo para que parte da população produza e enriqueça, galgando o próximo patamar contributivo da escala, o que representaria a usurpação desses ganhos pelo Estado. A redução na produção provocada pelo sistema progressivo de tributação irá afetar negativamente não somente a arrecadação, como a própria sociedade (diminuição do excedente e da riqueza social), com perdas de eficiência que redundarão, circularmente, na necessidade de maior tributação também dos contribuintes de baixa renda, comprometendo a própria equidade pretendida.

Ainda, sua implantação é dificultada por questões de assimetria informativa, demandando maior custo de investigação e fiscalização pelo órgão arrecadador, e que corresponde a maiores incentivos à população de alta renda para ocultar receitas, ciranda que gera custos fiscalizatórios que consomem parte dos ganhos.

Por isso, embora a adoção de sistema progressivo puro de tributação seja teoricamente mais justa, na prática irá se mostrar ineficiente, implicando em maiores custos sociais de arrecadação e na maior tributação das famílias de baixa renda, além de perdas sociais. Essa ineficiência provoca, indiretamente, a devolução dos ganhos de equidade inicialmente almejados. Por este motivo, os Estados adotam o sistema *proporcional* de tributação, em lugar do puramente progressivo, escolha que corporifica o *trade-off* entre equidade e eficiência.⁴²⁵

Prosseguindo, lembre-se que o sistema regressivo, muito iníquo, consistiria na cobrança de valor unitário e independente da capacidade contributiva. A grande incidência de tributos sobre consumo, no Brasil, equivale à cobrança de taxa única, impessoal - tanto o pobre, quanto o rico, pagará a mesma quantidade de impostos sobre o pão e o leite, ou sobre a eletricidade.

⁴²⁴ KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. **Microeconomics**. 3ª ed., New York: Princeton University Press.

⁴²⁵ BUCKLEY, Franck H; RASMUSEN, Eric B. **The uneasy case for the flat tax**. Constitutional Political Economy, v. 11, p. 295-318, 2000.

A energia elétrica no Brasil é produto pouco elástico, tratando-se de bem essencial tanto ao consumidor final quanto ao setor secundário. Sobre ela incide grande e crescente tributação no país, que, além de provocar distorções no mercado,⁴²⁶ onera sobretudo a produção, encarecendo bens de consumo - a produção é altamente dependente da energia elétrica e determinados setores são usuários intensivos de eletricidade⁴²⁷.

Crescentes despesas do governo determinam o aumento da alíquota de tributos, e isso *“provoca um aumento da perda de peso morto (queda de eficiência) equivalente ao quadrado do aumento da alíquota. Ou seja, a perda de eficiência da economia é mais que proporcional ao aumento de alíquota... (gerando) grande perda de eficiência”*⁴²⁸. Como já dito, os mercados são prejudicados em proporção *maior* do que a receita que o estado obtém com os tributos.

Assim que a tributação do consumo de energia elétrica, paradoxalmente, geraria baixa perda de eficiência da economia, dada a sua baixa elasticidade; por outro lado, altas alíquotas oneram diferentemente empresas e têm *efeito concentrador de renda*, pesando mais sobre o bolso das famílias mais pobres, produzindo iniquidade.

C) Prejuízos à livre concorrência

A tributação excessiva pode prejudicar a livre concorrência, pois a exigência de tributos pode servir como barreira de entrada a novos competidores em determinado mercado.

"A concorrência, que estimula a eficiência e a produtividade, também é afetada. Devido à alta carga de tributos, são poucas as empresas de porte médio com capital disponível suficiente para crescer e tentar obter uma fatia de mercado atendida por grandes empresas. Estas, por falta de concorrência, não precisam se esforçar (aumentar qualidade e produtividade) para manterem suas fatias de mercado; basta confiar no fato de que somente as grandes empresas têm condições de atender as exigências burocráticas e o esforço financeiro requerido pelo fisco. A alta carga tributária acaba se transformando em barreira à entrada, protegendo as grandes

⁴²⁶ Se a incidência de tributos recai sobre bens (insumos) intermediários, ou bens usados para produzir outros bens (como, v.g., eletricidade), as distorções na economia são ainda maiores, reduzindo a competitividade de consumidores industriais e comerciais. E a perda de eficiência é tão mais nociva porque não afeta uniformemente as diferentes indústrias, as intensivas (como alumínio e derivados) sofrendo desproporcionalmente seus custos, gerando distorções de preços relativos e reduzindo vantagens comparativas do país.

⁴²⁷ A respeito das distorções geradas pela tributação da eletricidade sobre a produção de riqueza nacional, ver MENDES, Edmundo. **Faz sentido impor tributação tão elevada sobre o consumo de energia elétrica?** Instituto Braudel, Brasil, Economia e Governo, 27/12/2012. Disponível em <<http://www.brasil-economia-governo.org.br/wp-content/uploads/2011/07/como-o-gasto-publico-elevado-desequilibra-a-economia-brasileira.pdf>>. Acesso em 26 fevereiro de 2015.

⁴²⁸ Ibidem.

empresas de terem seus mercados ameaçados por novas empresas de porte médio. O resultado é uma economia pouco dinâmica e pouco inovadora."⁴²⁹

A falta de concorrência encarece produtos, reduz a variedade e qualidade da oferta, gera indolência administrativa e tecnológica, bem como desrespeito aos direitos dos consumidores - tornando necessário o ajuizamento de mais demandas, em efeito bola-de-neve.

Em conclusa, por tudo o que se disse, fica claro que o aumento dos custos sociais do processo têm repercussões indiretas. Com carga tributária excessiva a economia toda se torna mais pobre, com redução do nível de bem-estar, menor capacidade de crescimento e geração de renda, *“além de anular parte da redistribuição de renda feita por meio de programas sociais”*.⁴³⁰

1.2.5 Subsídio estatal aos litigantes

Como já exaustivamente salientado, as custas processuais pagas pelas partes não são suficientes para cobrir o custo de manutenção da estrutura judicial como um todo. Portanto, independentemente de sua capacidade econômica, e para além da concessão ou não de assistência judiciária, a sociedade *subsidiaria* litigantes, para que compareçam perante um agente público e produzam provas para a defesa de seus pontos de vista.

Normalmente, ajuizada a demanda, o requerente tem em linha de conta os custos que ele próprio irá enfrentar, indiferentes, salvo para fins estratégicos, os da parte contrária ou da sociedade, ocasionando discrepância entre o custo privado e social, promovendo o litigante a externalização de parte dos custos. Como benefícios, contemplará tão somente os privados, ou o valor líquido que irá receber se vencedor - afora a utilidade de obter justiça - sendo-lhe indiferentes os benefícios sociais que transcendam as utilidades privadas dos contendores.⁴³¹

Sendo o adequado cumprimento da lei amplamente dependente da coerção estatal, largas porções de litígios que não respondem favoravelmente à aferição de custo-benefício para o particular restam deficientemente punidos e desencorajados - v.g., não irá ocorrer a aplicação

⁴²⁹ MENDES, Marcos. **Controle do gasto público:** reformas incrementais, crescimento e estabilidade macroeconômica. CLP Papers, n. 4, julho/2010. Disponível em < <http://www.clp.org.br/2013/wp-content/uploads/2012/11/CLP-Paper-n%C2%BA4-Mendes.pdf>>. Acesso em 19 de maio de 2015.

⁴³⁰ MENDES, Edmundo. **Faz sentido impor tributação tão elevada sobre o consumo de energia elétrica?** Instituto Braudel, Brasil, Economia e Governo, 27/12/2012. Disponível em <<http://www.brasil-economia-governo.org.br/wp-content/uploads/2011/07/como-o-gasto-publico-elevado-desequilibra-a-economia-brasileira.pdf>>. Acesso em 26 fevereiro de 2015

⁴³¹ SHAVELL, Steven. **The social versus the private incentive to bring suit in a costly legal system.** The Journal of Legal Studies, v. 11, n. 2, 1982, p. 333-340. Disponível em <http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/11_J_legal_stud_333.pdf>. Acesso em 19 de maio de 2015.

de sanções com frequência suficiente para gerar dissuasão;⁴³² leis não serão interpretadas de molde a sinalizar seu significado para a sociedade e reduzir incertezas.⁴³³

A diferença entre os custos e benefícios sociais e privados propicia a externalização pelo particular, gerando tendência a sobreutilização do sistema legal para as demandas vantajosas, com aumento do congestionamento,⁴³⁴ prosseguindo sublitigadas infrações legais que demandariam sinalização coercitiva pelo Estado que não apresentem vantagem privada ao ofendido,⁴³⁵ podendo o sistema judicial contar com meios para incentivar litígios em áreas que demandem maior exercício de coação estatal.⁴³⁶

A questão do desalinhamento entre custos sociais e privados, ou do subsídio estatal para que particulares ingressem em juízo, e os efeitos que podem provocar no sistema judiciário, merece melhor reflexão, amadurecimento e regramento no Brasil.

Por um lado, é imprescindível que o pobre tenha acesso à jurisdição, garantia constitucional inquestionável. E ainda, o interesse social no ajuizamento de demandas para desenvolvimento do Direito em algumas áreas sublitigadas⁴³⁷.

Por outro lado, aparecem as conclusões que emergem da pesquisa *Demandas Repetitivas e a Morosidade na Justiça Cível Brasileira*,⁴³⁸ reveladora da presença de oportunismo na litigiosidade no Brasil. E, também, a total inconveniência de que alguns litigantes figurem, de todo, no sistema público de solução de disputas, externalizando seus custos sobre a sociedade.

Quanto a este último aspecto, pertinente mencionar a discussão que se deu em conferência ocorrida nos estados unidos em 1976 (*Pound Conference*). Na oportunidade, *Frank Sander*⁴³⁹ defendeu a ideia de uma ‘*Corte de Várias Portas*’ (*Multidoor Courthouse*), dotada de variadas modalidades de resoluções de disputas, cada qual adaptada a uma classe de litígios - pequenas causas, arbitragem, mediação, tribunais colegiados de primeira instância etc.

⁴³² Ver Parte II, Cap. 2, item 4, Cumprimento, sanção e precisão da decisão judicial

⁴³³ Ver Parte II, Capítulo 2, item 2, Interpretação da lei, comportamento e vivificação do Direito

⁴³⁴ Ver Parte II, Capítulo 2, item 3, Congestionamento do sistema judicial

⁴³⁵ Ver Parte II, Capítulo 2, item 4.2, Importância do Enforcement privado

⁴³⁶ Ver Parte II, Capítulo 2, item 4.3, A decisão de ingressar em juízo

⁴³⁷ Ver Parte II, Capítulo 2, item 4.2, Importância do Enforcement privado

⁴³⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Demandas Repetitivas e a Morosidade na Justiça Cível Brasileira**. Departamento de Pesquisas Judiciárias, Brasília, 2011, 32p. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/pesq_sintese_morosidade_dpj.pdf>. Acesso 10/8/2013.

⁴³⁹ STEMPEL, Jeffrey W. **Reflections of Judicial ADR and the Multi-door Courthouse at Twenty: Fait Accompli, Failed Overture, or Fledgling Adulthood**. Scholarly Works. Paper 202. 1996. Disponível em <<http://scholars.law.unlv.edu/facpub/202>> Acesso em 19 de maio de 2015

Pretendia-se, desiderato universal, que a solução de disputas ocorresse a menor custo, imprimindo-se racionalidade ao uso das estruturas públicas.

Para determinar o nível apropriado de investimento social para os diferentes tipos de litígio, *Sander* sugeria fosse levada em conta a relação custo-benefício, balanceando *o valor da causa, a importância da matéria em discussão, a sua complexidade, o relevo da disputa para as partes* - mais ou menos como a legislação brasileira, senão mundial, já procede. Contudo, criticava particularmente que a sociedade subsidiasse larga e indiscriminadamente, como ocorre no Brasil, os serviços públicos de adjudicação, sugerindo que usuários pagassem valores mais próximos do custo real de manutenção da estrutura judicial.

Jeffrey Stempel,⁴⁴⁰ ao revisar, vinte anos depois, o trabalho de *Sander* e as conclusões da *Pound Conference*, argumenta que não deve haver qualquer subsídio público, ou desalinhamento entre a magnitude dos custos públicos e privados do litígio, para partes sofisticadas e com poder econômico para contratar advogados e desenhar cláusulas adequadas de solução de disputas, quando as demandas forem singulares (v.g., não gerarem o ganho público de criar precedente para guiar futuros casos) e interessarem somente aos contendores (v.g., quando a divulgação de informações relevantes ao público, como sobre riscos de produtos, não estiver em jogo).

Nestes casos, *Stempel* defende que as partes suportem privadamente a resolução de seus litígios, sem qualquer dispêndio de recursos públicos - sugestão que mereceria maior debate na atribulada realidade brasileira.

O controle mais racional de ingressos em juízo, somado à uma consciência mais enraizada de que o grau de atenção do juiz para cada processo tem limites e deve ser bem distribuído através do grau de precisão da decisão judicial, permitiria abrir espaço para que a sociedade se beneficie, planejadamente, das vantagens sociais do *enforcement* privado, já antecipadas, não sendo absurdo pensar no subsídio à demandas que precisam ser litigadas.

A propósito, autores da Análise Econômica do Direito concebem, como possíveis instrumentos para o incentivo ao ajuizamento de demandas em áreas sublitigadas, que o Estado subsidie particulares nas demandas que devem ser fomentadas, adotando uma série de medidas, como facilitar o manejo de ações coletivas, adotar o sistema *pro-plaintiff fee-shifting* - o requerido pagará os custos legais de ambas as partes se o requerente for vencedor, mas não o

⁴⁴⁰ MENDES, Edmundo. **Faz sentido impor tributação tão elevada sobre o consumo de energia elétrica?** Instituto Braudel, Brasil, Economia e Governo, 27/12/2012. Disponível em <<http://www.brasil-economia-governo.org.br/wp-content/uploads/2011/07/como-o-gasto-publico-elevado-desequilibra-a-economia-brasileira.pdf>>. Acesso em 26 fevereiro de 2015.

oposto, podendo a regra ser invertida para desincentivar o ingresso de demandas sobre-litigadas. A regra pode ser utilizada apenas quando acordo é *injustificadamente* recusado e o valor obtido pela condenação diferir de modo específico da proposta rejeitada. Prevê-se, ainda, o uso de multiplicadores de danos, já que o aumento do valor esperado da demanda relativamente aos seus custos incentiva a propositura, sendo que no *decoupling* ocorre uma variação dessa multiplicação, pois o valor dos danos é elevado para incentivar o requerido a adotar precaução (aumentar o risco jurídico), mas o requerente *não recebe* a totalidade deste valor cobrado - o efetivo valor recebido pelo requerente é reduzido se houver excessivo ajuizamento de processos, ou majorado apenas proporcionalmente, se ajuizamentos devem ser estimulados, sendo o excedente destinado a outras finalidades.⁴⁴¹

Em conclusão, a consciência e o debate aberto sobre os custos do litígio e para obtenção de maior precisão permite que soluções mais racionais e eficientes sejam adotadas a fim de aprimorar o sistema.

⁴⁴¹ KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. **Economic Analysis of Law**. Harvard Law School, John M. Olin Center for Law, Economics and Business, Discussion Paper No. 251, fev/1999, p. 48 e 55.

2 BENEFÍCIOS SOCIAIS DO ACRÉSCIMO DE PRECISÃO NA DECISÃO JUDICIAL

2.1 Benefícios privados e benefícios públicos

Ampliar a precisão da decisão judicial de modo a evitar-se o erro não diz somente com a realização de justiça no caso concreto,⁴⁴² espalhando-se seus efeitos pela sociedade.

É bastante conhecida a história do diálogo entre o *Juiz Learned Hand* e o Juiz da Suprema Corte americana *Oliver Wendell Holmes* sobre a função do juiz. Transcreve-se a versão de seu protagonista:

It was a Saturday when the Court was to confer. It was before we had a motor car, and we jogged along in an old coupé. When we got down to the Capitol, I wanted to provoke a response, so as he walked off, I said to him: "Well, sir, goodbye. Do justice!" He turned quite sharply and he said: "Come here. Come here." I answered: "Oh, I know, I know". He replied: "That is not my job. My job is to play the game according to the rules"⁴⁴³.

Saks, de forma ligeiramente semelhante, argumenta que “o principal propósito do processo legal não é obter resposta correta; é resolver disputas”.⁴⁴⁴ A busca da verdade, segundo ele, é empreendimento que deve ser levado adiante na medida em que necessária à solução de litígios, sendo inevitável que, a partir de determinado ponto, seus custos (recursos financeiros, tempo, interferência e exercício do poder etc.) comprometam a própria jurisdição, *atolada* em seus próprios esforços de bem realizar seu trabalho.

Embora em tais concepções os resultados jurisdicionais não sejam necessariamente identificáveis intrinsecamente à noção filosófica do justo - questão crescentemente polêmica, como se sabe⁴⁴⁵ - o bem aplicar as regras do jogo e o bem resolver conflitos jurídicos se associam, de qualquer modo, à percepção social de justiça, convocando o respeito à lei.

⁴⁴² Nos dizeres de Bentham, “a prova é a base da justiça: excluir evidência é excluir justiça” (Jeremy Bentham, 1843: VII, 24), citado por EDMOND, Gary; HAMER, David. *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research* (Oxford Handbook in Law). Editado por CANE, Peter; KRITZER, Herbert. New York, Oxford University Press, 2010, p. 654).

⁴⁴³ HERZ, Michael. **Do Justice:** Variations of a Thrice-Told Tale. *Virginia Law Review*, vol. 82, n. 1, p. 111-161, fev 1996. Excepcionalmente, a citação será mantida no original em inglês por se tratar de narrativa pessoal, existindo diversas versões e traduções com distinções sutis, mas que alteram o significado da passagem.

⁴⁴⁴ SAKS, Michael J. **Enhancing and restraining in accuracy adjudication.** *Law and Contemporary Problems*, v. 51, n. 4, Empirical Studies of Civil Procedure, Part 2, 1988, p. 244.

⁴⁴⁵ Na quadra atual, o neoconstitucionalismo e a teoria dos princípios marcam a restauração da conexão entre a moralidade e a norma, em antítese à depuração procedida pelo positivismo (*grundnorm*). A busca da Justiça se

Evitar o erro na adjudicação diz com o sentimento geral de justiça, de respeito a direitos fundamentais intangíveis (como tratamento igualitário) e da distribuição correta de direitos - “*dar a cada um o que é seu*”.⁴⁴⁶ O erro judicial quanto à culpabilidade criminal de pessoa inocente encerra gravidade que transcende a pessoa do condenado, influenciando o comportamento da sociedade em relação ao direito e ao sistema judiciário.

Kaplow⁴⁴⁷ sustenta que, para além da aplicação da lei substantiva, o sentimento de justiça está relacionado às regras e garantias que promovem maior precisão na adjudicação, inclusive porque aperfeiçoam a participação dos indivíduos em processos que poderão lhes afetar. Se o requerente de benefício mantido pelo Poder Público não for ouvido pelo juiz e o pedido for julgado improcedente, será plausível que atribua a sua derrota precisamente à circunstância do adjudicador não ter obtido a informação que (o requerente) teria a oferecer, gerando não o sentimento de que estava ausente o direito, mas de que o procedimento foi injusto.⁴⁴⁸

Garantias processuais tidas por justas, por outro lado, inibem o abuso de poder, já que tomadores de decisão terão maior incentivo para se comportar de forma apropriada se seus erros tiverem maior probabilidade de serem observados, e, ainda que ocorram, poderão ser corrigidos mais facilmente por diversos meios - revisão judicial, recursos, responsabilização da autoridade. Além disso, se um sistema deve ser estruturado de modo a obter resultados acurados, ele tenderá a ser menos manipulável, evitando-se persecução com provas fabricadas, a emissão de atos administrativos imotivados, ou a promulgação de regras substantivas excessivamente coativas (para fins de ameaça), vedada, v.g., a punição por lei posterior ao fato ou que o Estado desrespeite o direito de propriedade. “*Então, não é acidental que muitas proteções constitucionais relativas ao controle do poder estatal envolvam adjudicação e frequentemente preocupação sobre sua precisão*”.⁴⁴⁹

Algumas dessas garantias do devido processo legal irão interferir desfavoravelmente na qualidade da jurisdição - por exemplo, a proibição de utilização de provas

obtem com a observância de procedimento discursivo, democrático e equânime, através do Código da Razão Prática - Teoria da Argumentação. Acrescenta-se internamente à norma jurídica positivada uma “pretensão de correção” que lhe confere legitimidade e a atrela a um conteúdo de moralidade. Ver, v.g., ALEXY, Robert. **Justicia como Corrección**. Cuadernos de Filosofía del Derecho DOXA n. 26, Alicante: Espagrac Edición Eletrónica, 2003.

⁴⁴⁶ McG. BUNDY, Stephen. **Valuing Accuracy - Filling out the Framework**: Comment on Kaplow. The Journal of Legal Studies, v. 23, n. 1, jan/1994, p. 418.

⁴⁴⁷ KAPLOW, Louis. **The value of accuracy in adjudication**: an economic analysis. The Journal of Legal Studies, v. 23, n. 1, jan 1994, p. 382

⁴⁴⁸ Ibidem, p. 390-391 (onde o autor relaciona experimentos empíricos sobre preferência entre procedimento contraditório e inquisitorial, dispensa ou não de procuradores, e outras questões processuais).

⁴⁴⁹ Ibidem, p. 397.

obtidas por meios ilícitos - o que demonstra que nem sempre a precisão coíbe abusos em determinados processos. Todavia, pode-se ainda assim esperar uma melhora nos processos em geral, sendo que as garantias constitucionais não devem ser avaliadas unicamente pelo critério econômico⁴⁵⁰ ou de melhor qualidade na prestação jurisdicional. Como regra geral, maior eficiência dos resultados judiciais está correlacionada positivamente com o sentimento de justiça.

Decisão mais acurada qualifica-se como *justa*, e, agregada à justiça, encontra-se a concordância social com a obediência à lei. Sentimento de justiça e legitimidade dos julgamentos - vinculada ao respeito às garantias processuais e imparcialidade - são apontados como fontes comprovadas de confiança e adesão voluntária ao direito,⁴⁵¹ gerando a percepção de “qualidade” dos resultados judiciais.⁴⁵²

Grande confiança em decisões judiciais acertadas permite que determinado nível de dissuasão de comportamentos ilícitos possa ser assegurado com a imposição menos frequente de sanções, ou de sanções menos pesadas, as quais geram, elas próprias, acentuado custo social e privado. A necessidade de imposição de sanção derivada da ótima precisão irá reduzir, também, a solicitação da estrutura coercitiva do Estado⁴⁵³ e menor esforço de *cumprimento* será envidado, resultando mais uma vez em eficiente economia de recursos. Assim, o aumento da precisão pode tanto reduzir a severidade das sanções quanto a estrutura institucional estatal.⁴⁵⁴

Para além da justiça no caso concreto, podem ser considerados diversos outros benefícios da decisão acertada, gerando sinergias positivas. Superando o proveito extraído pelo particular com a vitória na demanda, aparecem efeitos como o de desencorajar comportamentos ilícitos, estimular a prevenção, gerar precedentes judiciais para coordenação social, obter valiosas informações públicas (v.g., informação a respeito de produtos perigosos), dentre outros. *Rubinfeld e Sappington*⁴⁵⁵ consideram *socialmente* valioso que denunciados em processo penal possam assinalar à sociedade a sua inocência ou culpa.

⁴⁵⁰ KAPLOW, Louis. **The value of accuracy in adjudication:** an economic analysis. The Journal of Legal Studies, v. 23, n. 1, jan 1994, p. 399.

⁴⁵¹ McG. BUNDY, Stephen. **Valuing Accuracy - Filling out the Framework:** Comment on Kaplow. The Journal of Legal Studies, v. 23, n. 1, jan/1994, p. 424

⁴⁵² Ibidem, p. 424

⁴⁵³ Sobre a relação entre o nível de precisão e o de frequência e gravidade da imposição de sanção para obtenção de determinado patamar de dissuasão, ver Kaplow (KAPLOW, Louis. Op. Cit, p. 346-355). Em resumo, atingido certo nível de dissuasão, sanções mais gravosas permitem que o esforço de enforcement seja reduzido, resultando que sanções sejam erroneamente impostas menos frequentemente. Ainda, quando enforcement é reduzido, aumento de precisão se torna menos custoso porque os adicionais dispêndios por ela exigidos serão necessários em poucos casos.

⁴⁵⁴ Ver II Parte, Cap. 2, item 4. Cumprimento, sanção e precisão da decisão judicial

⁴⁵⁵ RUBINFELD, Daniel L.; SAPPINGTON, David E.M. **Efficient Awards and Standards of Proof in Judicial Proceedings.** The RAND Journal of Economics, vol. 18, nº. 2, 1987, pp. 308-315.

Não se pode dizer que as leis privadas somente geram efeitos privados, e que as públicas geram efeitos públicos. O cumprimento judicial de contrato entre as partes tem função social, sendo o oposto verdadeiro. Como explica *Guido Calabresi*⁴⁵⁶, o contrato particular pode ser visto, em sua função *pública*, como o instrumento que possibilita trocas mediante consentimento, estabelecendo pertença, definindo a titularidade de direitos, de modo que fique decidido “*o que é meu e o que é seu*” de forma socialmente desejável; e as leis penais podem ser vistas como decisão pública e reforço coletivo dessa intitulação privada. Uma vez estabelecido como e quando ocorre a transferência de direitos de forma socialmente desejada, um conjunto de expectativas *privadas* cresce em torno destes meios de escolha, o que confere a estes ramos do direito dimensão privada, que não pode ser ignorada.

Por essa dimensão privada, o contrato, além da importante função de possibilitar trocas consensuais, também protege as expectativas sociais de que promessas devem ser cumpridas, conferindo um sentido de erro ou imoralidade quando promessas são quebradas. O direito penal, por sua vez, para além de representar a atribuição *pública* de direitos, envolve o direito da vítima, e da família da vítima, de invocar o estado para responsabilizar penalmente o ofensor, bem como definir o que é ou não possível, gerando com isso toda a sorte de expectativas privadas em torno dessa decisão.⁴⁵⁷ Isso acarreta em que o direito penal não seja apenas a forma mais forte para a exequibilidade de decisões coletivas, como também provê o sentimento de justiça aos vitimados.

Muito embora imperfeições constatáveis na aplicação prática, tanto o direito público, quanto o direito privado, ao serem aplicados de forma precisa, têm o potencial de gerar benefícios sociais que transcendem o caso concreto.

Achado indicam que o engajamento em cooperação pode ser obtido através da definição adequada dos direitos sinalizada pelo Poder Judiciário. *Cooter e Ulen*,⁴⁵⁸ ao referir os jogos de negociação que testam o Teorema de Coase,⁴⁵⁹ mencionam evidências empíricas no sentido de que negociadores, ou litigantes adversos, entrarão em cooperação mais frequentemente quando os seus direitos forem claros, reduzida esta probabilidade quando os

⁴⁵⁶ CALABRESI, Guido. **A Broader View of the Cathedral:** the significance of the liability rule, correcting a misapprehension. *Law and Contemporary Problems*, Vol. 77, 1, nº 2/2014. Disponível em <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4396&context=lcp>>. Acesso em 3 de maio de 2015.

⁴⁵⁷ No Processo Penal brasileiro a sentença pode ser executada civilmente pelo ofendido (art. 475-N, II, do CPC); ou, ainda, fixar o valor mínimo de indenização à vítima (CPP, Art. 387, IV). Na prática, contudo, tal dispositivo ainda vem sendo tratado com diversas restrições pelo Poder Judiciário.

⁴⁵⁸ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5a ed., São Paulo: Bookman, 2010, p. 429.

⁴⁵⁹ COASE, Ronald H. **O problema do custo social**. Trad. Francisco Kümmel F. Alves e Renato Vieira Caovilla. Curitiba: Pontifícia Católica do Paraná (PUCPR). Disponível em <<http://www.pucpr.br/arquivosUpload/5371894291314711916.pdf>>. Acesso em 18 de maio de 2015

direitos são ambíguos, pois o direito define os valores de ameaça - ou "*o quanto seria obtido sem cooperação*". Logo, pode ser lícito imaginar que a cooperação voluntária nas relações jurídicas restará comprometida se os Tribunais não emitirem sinais de que são capazes de proceder distinções entre fatos e aplicar o direito em níveis de precisão.

O erro judicial se traduz, ademais, em custos sociais e privados, e somente o fato de evitá-los constitui benefício, como tem aparecido na literatura da Análise Econômica do Direito, como já mencionado.

2.2 Modelagem de comportamentos

Espera-se da 'boa' jurisdição, portanto, uma gama de repercussões sociais positivas. Cabe destacar os efeitos de modelagem de comportamento.

2.2.1 Dissuasão de comportamentos ilícitos

*Posner*⁴⁶⁰ demonstra como a precisão na adjudicação está relacionada à dissuasão, advertindo que o erro de condenação, ou a aplicação incorreta da lei, pode minar o valor preventivo ou dissuasivo da aplicação de sanções e de outras consequências jurídicas.

Para que se visualizem os efeitos dissuasórios da adjudicação, oportuna a menção do exemplo trazido por *Friedman*,⁴⁶¹ no qual o sobrinho, sendo pobre, aproveita uma rara oportunidade para empurrar seu tio milionário de um penhasco. A cena é flagrada por um fotógrafo, vindo ele a ser julgado e condenado. Em sua defesa alega que o crime foi fruto de extraordinária tentação e improvável oportunidade, não tendendo a se repetir - somente tinha um único tio rico, e potenciais futuras vítimas não irão subir em um penhasco consigo. O que quer que a corte faça não devolverá a vida ao morto, mas arruinará a do acusado, gerando a prisão custos sociais. Contudo, o lógico, porém bizarro, argumento não pode preponderar por partir de um equívoco: focaliza o crime já cometido ao invés dos crimes futuros. Embora não traga a vida perdida, a condenação, ao bem identificar o autor do delito e seu ato, intensão e causalidade, anunciará regra legal que irá deter futuros assassinatos e salvar futuras vítimas.

⁴⁶⁰ POSNER, Richard. **An economic approach to legal procedure and judicial administration**. Journal of Legal Studies, v. 2, 1973, p. 411

⁴⁶¹ FRIEDMAN, David D. **Law's Order: What Economics Has to Do with Law and Why It Matters**. New Jersey: Princeton University Press, 2000, p. 11-12.

Como dito, regras legais aplicadas adequadamente pelas cortes, e não somente as criminais, podem ser analisadas pela estrutura de incentivos que fornecem, ocasionando alteração de comportamento em resposta a tais incentivos - multas de trânsito visam redução da velocidade pelos motoristas; indenizações por acidentes incentivam a precaução, como investigar privadamente problemas com seus produtos que possam ser objeto de litígio; regras de processo civil estimulam pessoas e empresas a manter registros; regras de divórcio determinam em que circunstâncias irá ocorrer o término do casamento, propiciando que os envolvidos decidam se irão ou não casar etc.

A obtenção de ótima dissuasão de comportamentos ilícitos é ponto relevante no contexto da precisão. Se indivíduos que não violaram a lei forem equivocadamente condenados a sanção criminal ou a pagar indenização, o custo esperado de violar a lei, relativamente ao de não fazê-lo, será reduzido. O incentivo adverso para mais violações legais surge através de uma auto-indagação: de que adianta não infringir a lei se serei punido de mesmo assim⁴⁶² ? Como resultado, afetada a escolha individual entre violar ou não a lei, haverá mais violações.⁴⁶³

A questão não é pacífica, contudo. *Bok*⁴⁶⁴ sustenta que investimentos em litigância são frequentemente injustificados porque a adjudicação não surtirá efeitos nos comportamentos do mundo real. *Robinson*,⁴⁶⁵ apesar de reconhecer que a existência de um sistema penal ocasiona efeito geral na influência de potenciais ofensores, discorda que a particular formulação e aplicação das regras possam gerar efeitos adicionais na dissuasão.

Lando defende⁴⁶⁶ que a falta de precisão compreendida na condenação criminal de pessoa inocente (erro quanto à autoria), quando a *materialidade* do delito não está em dúvida, não interfere de forma direta e significativa nos níveis de dissuasão. Tendo sido apontado (equivocadamente) o culpado pelo Poder Judiciário - o que ocorre com maior probabilidade em

⁴⁶² Simplificadamente, suponha-se que as cortes não procedam distinção apropriada e acabem condenando sistematicamente por furto não somente os batedores de carteira que agem nas ruas de determinado bairro, mas também os vendedores autônomos que atuam nas calçadas. Além de inibir a atividade lícita, os próprios vendedores terão incentivos para furtar, ante a probabilidade de serem condenados de qualquer forma.

⁴⁶³ Ver P'NG, Ivan P.L. **Optimal Subsidies and Damages in the Presence of Judicial Error**. *International Review of Law and Economics*, v. 6, n. 1, 1986, p. 101. No artigo citado, o autor apresenta alternativa para contornar o erro judicial ou do regulador, consistente em acoplar um ajustamento da sanção com um subsídio apropriado, para indivíduos neutros ao risco.

⁴⁶⁴ McG. BUNDY, Stephen. **Valuing Accuracy - Filling out the Framework**: Comment on Kaplow. *The Journal of Legal Studies*, v. 23, n. 1, jan/1994.

⁴⁶⁵ ROBINSON, Paul. **The Role of Deterrence in the Formulation of Criminal Law Rules**: At Its Worst When Doing Its Best. *Faculty Scholarship*, paper 56, 2003. O autor menciona, dentre outros argumentos, que a demora entre violação e punição afeta negativamente o efeito de dissuasão.

⁴⁶⁶ LANDO, Henrik. **Does Wrongful Conviction Lower Deterrence?** *American Law & Economics Association Annual Meetings*, paper 59, Bepress Legal Repository, 2005.

delitos como homicídio, furto e roubo - encerram-se as investigações, sendo improvável que a identidade do real ofensor seja descoberta, afetando apenas indiretamente a prevenção criminal. Somente sob circunstâncias específicas a falta de precisão irá influenciar, de forma muito enfraquecida, a dissuasão, como quando, posteriormente à condenação de inocente, o real ofensor cometer o delito contra outras vítimas - reduzida a dissuasão quando o erro prenuncia a oportunidade de cometimento de delito que será possivelmente atribuído a outro criminoso já procurado; ou ampliada relativamente aos mais propensos a condenação injusta, como os portadores de antecedentes penais. Conclui *Lando* que o forte desejo social de evitar condenações injustas não se deve ao efeito preventivo da pena, mas a outras considerações, como o desejo subjetivo de evitar a injustiça de apenar um inocente. O efeito na dissuasão poderá, em qualquer caso, ser mitigado conforme circunstâncias individuais dos destinatários da norma, como no caso de apenado reincidente, para quem a segunda pena adicional não terá o mesmo efeito da primeira, aplicáveis comutações decorrentes de concurso de crimes e já abalada a reputação, sendo a visão de vida de longo prazo (prisão por dez anos) menos densa do que a de médio prazo (prisão por cinco anos).⁴⁶⁷

Supõe-se que a dissuasão obedeça as leis da probabilidade, não representando correlação proporcionalmente equivalente ou unicamente dependente dos níveis de adjudicação. A *esperança matemática* ou *expectância* é a soma das probabilidades multiplicada pelo valor da utilidade, devendo ser ponderada a probabilidade de que haja erro na descoberta dos fatos ou na adjudicação. O evento condenação por ato que resultou em vantagem ao agente irá depender, portanto, de diversos fatores, ponderáveis juntamente com o lucro dele resultante: tipicidade do fato; detecção por agentes do estado; efetiva instauração de investigação (materialidade e autoria); oferecimento de denúncia e seu recebimento; condenação e efetivo cumprimento da pena. A condenação pode não ser esperada, ser improvável ou até impossível, o que entra na linha de conta, ao lado da precisão judicial, para a opção pelo comportamento ilícito, conforme análise seminal de *Becker*.

Grande incidência de falsos negativos ou absolvições equivocadas aumentará a probabilidade de não incidir sanção, tornando mais atrativa a utilidade da atividade ilícita para o agente.

⁴⁶⁷ Polinsky e Shavell indagam, ainda, como a duração da pena de reclusão irá afetar a teoria da dissuasão, compreensíveis três possibilidades: a perda de utilidade cresce na mesma proporção do que a duração da reclusão; a perda de utilidade cresce em maior proporção do que o tempo (supondo-se que a prisão se torna mais difícil de tolerar com o tempo); e a perda de utilidade cresce em menor proporção do que o tempo (supondo que o período inicial de reclusão implique em grande perda de utilidade relativa). Ver POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. **Imprisonment and the Theory of Deterrence**. The Journal of Legal Studies, v. 28, n. 1, jan 1999.

*Kaplow*⁴⁶⁸ distingue os efeitos de moldagem de comportamento e dissuasão de ilícitos com o uso de um exemplo: havendo dois tipos de atividades não lesivas, uma contudo mais sujeita a punição equivocada (falso positivo) por falta de precisão (digamos, por dever ser praticada em público) e a outra não sujeita a nenhuma punição (digamos, por dever ser praticada privadamente), pessoas serão induzidas a cometer a atividade do segundo tipo sobre o primeiro (*chilling innocent behavior*). Maior precisão na adjudicação irá possibilitar a identificação da ausência de potencial lesivo também na primeira conduta, categorizando-a como inocente, enviando sinal de sua licitude, de modo a moldar comportamento inocente, possibilitando que, em ambos os casos, atos lícitos sejam praticados igualmente, ao passo em que, reduzidos os falsos positivos, irá aumentar a dissuasão para atos lesivos como um todo.

Se em determinado cenário estiverem presentes atividades não lesivas e outras lesivas, estas últimas gerando um dano (*harm H*), a adjudicação acurada irá emitir uma regra de ausência de responsabilidade relativamente à atividade inofensiva e responsabilizará (com indenização *H*), as atividades nocivas - ao passo em que a adjudicação inacurada poderá conceder indenização inferior ao dano (*H*), sem discernir entre os dois tipos de ato, embora o ato não lesivo tenha gerado dano igual a zero. Este tipo de imprecisão irá gerar impactos sobre atos culposos, nos quais pequenas diferenças de comportamento determinam grande diferença no valor da indenização. Para indivíduos informados *ex ante*, a antecipação de ótima precisão *ex post* irá aprimorar o comportamento lícito,⁴⁶⁹ reduzindo-se o eventual excesso de precaução e o desincentivo ao exercício de atividades lícitas.

Neste sentido, a precisão irá favorecer que atividades não ilícitas continuem a ser praticadas. Por hipótese, a imprecisão judicial, no âmbito da responsabilidade civil pode provocar grande aumento de precaução pelos exercentes de atividades lícitas além do nível exigido, ao preço da ineficiência - dissipação de recursos e inibição da própria atividade lícita - por temor de que a corte mal interprete, no *ex post factum*, os conceitos de negligência. É, em grande parte, o que ocorreu com os médicos no direito norte-americano, em que a imprecisão para caracterização da imperícia, somada à imprecisão para fixação de danos, gerou grande problema de agência - médicos determinam exames invasivos ou prescrevem tratamento buscando blindar-se em eventual processo judicial, o que pode colidir com os verdadeiros interesses dos pacientes.

⁴⁶⁸ KAPLOW, Louis. **The value of accuracy in adjudication:** an economic analysis. *The Journal of Legal Studies*, v. 23, n. 1, jan 1994, p. 354-355.

⁴⁶⁹ *Ibidem*, p. 324-325. Ver também Kaplow e Shavell, *Accuracy in the Assessment of Damages*, 1993. Kaplow aponta a possibilidade de maior precisão piorar o comportamento conforme sob a regra de negligência, conforme Richard Craswell e John E. Calfee, *Deterrence and Uncertain Legal Standards*, 1986.

2.2.2 Comportamento jurídico das partes

A confiança no acerto dos julgamentos exerce influência na propensão das partes para entabular transações, incentivada uma delas, ou ambas, pela impossibilidade de ser beneficiada por margem de erro judicial quando ciente das limitações de sua posição.⁴⁷⁰

A decisão de aforar a demanda geralmente ocorre, como visto, quando o proveito esperado do litígio for maior do que o seu custo. Insistente problema relativo a litigiosidade, porém, é o das ações frívolas ou temerárias, que têm valor negativo esperado (*negative expected value* - *NEV*), podendo custar ao requerente mais do que o importe que acredita lhe seja devido, aforadas na expectativa de ganhos derivados de erro judicial ou de realização de acordo.

A situação envolve enigma duplo, no dizer de *Sanchirico*:⁴⁷¹ racionalmente, o requerido não deveria realizar acordo em tais casos, prática que logicamente desincentivaria o ajuizamento de ações frívolas.⁴⁷² Para *Bebchuk*,⁴⁷³ no entanto, a assimetria informativa opera em favor do requerente, já que acordos acabam por ser levados a efeito - então incentivando o aforamento de mais lides temerárias - pela ignorância, por parte do requerido, da ausência de fundamento para a demanda. Imagine-se como exemplo ações movidas por supostos consumidores lesados, cuja realidade é de todo ignorada pelo fornecedor do produto ou serviço.

Ao modelo de *Shavell* sobre comportamento estratégico das partes no processo judicial - a decisão por demandar irá ocorrer se o valor esperado superar os custos, ressaltadas a fase do ajuizamento e a de transação ou julgamento - *P'ng*⁴⁷⁴ acrescenta ainda outra possibilidade processual relevante, a da desistência da ação na hipótese de não haver acordo, o que reforçaria a tendência ao ingresso de demanda com valor negativo esperado. Ir a julgamento

⁴⁷⁰ McG. BUNDY, Stephen. **Valuing Accuracy - Filling out the Framework**: Comment on Kaplow. *The Journal of Legal Studies*, v. 23, n. 1, jan/1994, p. 427

⁴⁷¹ SANCHIRICO, Chris W. **The Economic Analysis of Evidence, Procedure and Litigation**. Institute for Law and Economic, Research Paper n. 06-04, University of Pennsylvania, 2006, item 4.

⁴⁷² Para revisão da literatura sobre ações com valor negativo esperado e, em particular, demonstrando como um requerente pode dela extrair solução positiva em função: (i) da assimetria de informação entre as partes; (ii) do parcelamento das despesas processuais atribuídas ao requerente; (iii) dos gastos iniciais que o requerido deverá suportar antes que o autor incorra em custos; (iv) da expectativa de que a chegada de informação durante o curso do litígio possa transformar a ação em um valor positivo esperado; (5) pela reputação que permite que o autor ameace ir a julgamento se o requerido se recusar a fazer acordo, e (6) do autor ter estabelecido contrato de risco (contingency fee) ou advocacia de partido (retainer arrangement) com o seu advogado. Ver BEBCHUK, Lucian A.; KLEMENT, Alon. **Negative Expected-Value Suits**. *Elgar Encyclopedia of Law and Economics*, 2ª ed., forthcoming. Harvard John M. Olin Center for Law, Economics and Business, The Social Science Research Network Electronic Paper Collection, Discussion Paper n. 656, dez/2009.

⁴⁷³ SANCHIRICO, Chris W. Op. Cit.

⁴⁷⁴ PNG, Ivan P.L. **Strategic Behaviour in Suit, Settlement, and Trial**. *The Bell Journal of Economics*, v. 14, n. 2, p. 539-550, 1983 (estabelece modelo para litigiosidade frívola, mediante assimetria informativa de uma das partes, sob o ponto de vista da eficiência privada e com base na teoria dos jogos).

é uma mera ameaça, ou blefe. A oportunidade de desistir da demanda em caso de inocorrência de acordo - e o requerido muitas vezes tem incentivo para aceitar a desistência, ainda que reconhecidamente frívola a demanda, devido aos custos de defesa e à possibilidade de erro judicial - fomenta a lide temerária, por reduzir os efeitos da assimetria de informações em favor do requerente: ainda que o autor não saiba se o requerido é propenso a transacionar (o que faria eventualmente por questões de assimetria informativa, reputação ou intolerância ao risco), poderá ser vantajoso o ajuizamento pela redução do risco da derrota judicial propiciado pela desistência, vista assim como “rota de fuga”. Acrescente-se que em alguns tipos de processos a concordância com a desistência é dispensável, como no exemplo dos mandados de segurança, estando a litigiosidade temerária calcada na possibilidade de obtenção de liminar, com posterior desistência do processo em caso de indeferimento.

É possível afirmar que aumento de precisão na decisão de mérito está diretamente relacionado à probabilidade em detectar a presença da má-fé. Se houver coincidência entre as indicações probatórias de frivolidade e as indicações probatórias do mérito, com frequência a melhora na precisão jurisdicional irá possibilitar que a corte possa determinar a sinceridade da demanda, e com isso inibir tal conduta.⁴⁷⁵ justamente, é da capacidade de melhor perceber *estados de mundo* e sobre eles aplicar o direito que se está a tratar, é possível esteja a má-fé a consubstanciar parte do objeto do litígio.

A circunstância desperta para a necessidade de que decisões interlocutoras ao longo do processo sejam também acurados, inibindo-se desde o início que lides sem fundamento prossigam, aumentando custos sociais e impondo riscos adicionais à sociedade e ao sistema judicial. Não admitir demandas não instruídas por suficiente documentação, forçando assim a revelação antecipada das provas documentais, pode colaborar para a redução de lides temerárias, impedindo que uma parte se aproveite do privilégio informacional que mantém em relação à outra, vez que a assimetria informativa colapsa a capacidade de reação do requerido, orientando não só a defesa e a realização de acordos, como também sejam obstadas lides temerárias.

Maior qualificação da jurisdição tem o potencial para gerar, portanto, efeitos no comportamento processual das partes no litígio judicial, seja inibindo a litigância de má-fé (ou as lides frívolas)⁴⁷⁶ e a interposição de incidentes protelatórios, seja contribuindo para o nível

⁴⁷⁵ McG. BUNDY, Stephen. **Valuing Accuracy - Filling out the Framework:** Comment on Kaplow. The Journal of Legal Studies, v. 23, n. 1, jan/1994, p. 425.

⁴⁷⁶ McG. BUNDY, Stephen. **Valuing Accuracy - Filling out the Framework:** Comment on Kaplow. The Journal of Legal Studies, v. 23, n. 1, jan/1994, p. 424; KAPLOW, Louis. **The value of accuracy in adjudication:** an economic analysis. The Journal of Legal Studies, v. 23, n. 1, jan 1994, p. 312 e nota 7. Kaplow anota, porém, que

ótimo de apresentação de informações custosas em juízo,⁴⁷⁷ incentivando também o ajuizamento de litígios que irão promover dissuasão e moldagem de comportamento.

Neste sentido, pode ser determinante para a decisão de ajuizar demanda por indivíduos com forte preferência pela qualidade do resultado da jurisdição - quando autores exigem intensamente precisão e o sistema judicial não a provê, ações podem não ser ajuizadas, deixando de haver o efeito de dissuasão da classe de comportamentos ilícitos a elas associados.

Ilustrativamente, a aplicação da lei em casos de crimes sexuais exige que as vítimas atuem processualmente, devotando grande investimento pessoal, e para tanto é essencial que tenham a percepção de ausência de viés da corte e da probabilidade de julgamento acertado. Sem ambos os predicados, ações não serão aforadas ou instruídas, eliminando-se o efeito de dissuasão social sobre tais atividades.⁴⁷⁸

Inversamente, mais processos desprovidos de fundamentação serão aforados se a falta de precisão implicar na concessão indiscriminada de direitos futuros - por exemplo, na concessão de benefícios mantidos pelo Poder Público, como conclui *Kaplow*.⁴⁷⁹ Baixo nível de precisão na concessão destes benefícios irá incentivar requerimentos infundados, mas maior nível de precisão será mais custoso aos requerentes, demandando-lhes maior tempo e recursos e afetando negativamente o incentivo para a apresentação de requerimento. O que, todavia, poderá ser corrigido através do aumento de exigências probatórias combinado com a concessão de subsídios aos postulantes que efetivamente detém o direito.

2.2.3 *Comportamento de contratantes*

A precisão tem especial repercussão também no âmbito das relações de direito material, o que pode ser bem percebido nas relações contratuais, como vimos,⁴⁸⁰ ante a possibilidade das partes estabelecerem tanto o seu próprio código de obrigações quanto o modo como irão proceder em caso de quebra do pacto, pois poderão reagir a limitações da corte na

o acréscimo dos custos de litigância resultantes da precisão pode, em determinados contextos, encorajar lides frívolas.

⁴⁷⁷ KAPLOW, Louis. **The value of accuracy in adjudication:** an economic analysis. *The Journal of Legal Studies*, v. 23, n. 1, jan 1994, p. 338-344 e 365-369.

⁴⁷⁸ McG. BUNDY, Stephen. **Valuing Accuracy - Filling out the Framework:** Comment on Kaplow. *The Journal of Legal Studies*, v. 23, n. 1, jan/1994, p. 426

⁴⁷⁹ Sobre a precisão na concessão de direitos futuros (KAPLOW, Louis. Op. Cit., p. 369-378).

⁴⁸⁰ Ver Seção I, item D.

observação de variáveis jurídicas relevantes.⁴⁸¹ Mesmo a demora judicial pode ser computada como limitação quando se concebe tempo como custo, seja de oportunidade, seja de capital.

Interroga-se a competência judicial em avaliar a responsabilidade sobre a quebra contratual e em quantificar os reais danos experimentados, suprindo lacunas do trato entre as partes. A opção contratual por estabelecer meio alternativo de disputa (*alternative dispute resolution*), por vezes dispendiosa, pode implicar em mera transferência do problema do grau de precisão para outro fórum. As partes podem estabelecer o nível de precisão com o qual irão demandar que o árbitro resolva a disputa, ou escolher um particular adjudicador, conhecido por manter determinado nível de competência ao custo correspondente. Podem, ainda, especificar previamente os danos liquidáveis, tornando desnecessária a quantificação dos danos reais.

No extremo, a falta de expectativas quanto à precisão judicial pode gerar um *esvaziamento* do sistema judicial, a um determinado custo para as partes. Substancialmente, verifica-se a possibilidade das partes estabelecerem mecanismos contratuais que contornem a incompetência judicial - por exemplo, antecipando a liquidação de eventuais prejuízos, instituindo cláusulas punitivas, depósitos, ou mecanismos de revelação *etc.* - já que presente o risco de que, tomando-a em linha de consideração a incompetência do terceiro imparcial, atuem oportunisticamente, buscando atrair para si os benefícios da probabilidade de erro na adjudicação.

Indo adiante, podemos perceber também como uma das funções da disciplina jurídica do contrato, como salienta Araújo,⁴⁸² a de se expressar reação à diversidade de motivações psicológicas dos contratantes e estabelecer uma *grelha de inteligibilidade* que resulta em maior uniformidade e previsibilidade - propósito que, a depender dos erros no desenho das regras, redundarão em “*uma ineficiência dinâmica de longo prazo, especificamente no desincentivo à contratação... (não-patológica), e assim na redução do volume contratual, na diminuição das trocas, com perdas absolutas de bem estar*”. Os erros de adjudicação, ao integrar a heterodisciplina do contrato, estão sujeitos a endereçar os mesmos desincentivos à contratação.

Os contratos podem ser afetados pelas falhas de mercado, sendo que externalidades (variação na situação de terceiros, que trazem benefícios, as positivas, ou custos, as negativas,

⁴⁸¹ KAPLOW, Louis. **The value of accuracy in adjudication:** an economic analysis. The Journal of Legal Studies, v. 23, n. 1, jan 1994; ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007.

⁴⁸² ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p.122-123

aos contratantes), assimetrias de informação (seleção adversa,⁴⁸³ risco moral⁴⁸⁴ ou problemas de agência)⁴⁸⁵ e custos de transação (de procura e obtenção de informações; de negociação;⁴⁸⁶ e de execução do contrato), refletem na formulação do contrato⁴⁸⁷ e na precisão na adjudicação.

Ao contrário da simples compra de uma revista em uma livraria⁴⁸⁸ (contrato não-relacional, ou neoclássico) há “*relações contratuais não governadas por intenções contratuais, mas refletem uma variedade de influências, incluindo normas sociais e normas de conduta desenvolvidas dentro da relação. As partes compreendem seus contratos dentro do contexto de seu relacionamento*”.⁴⁸⁹ Tais relações contratuais envolvem elementos de imponderabilidade - firmados por partes situadas em localidades distintas; prestações diferidas no tempo; necessidade de inspeção para aferir qualidade do produto; parte gerindo ou administrando interesses de outra; risco de descumprimento - obrigando o desenvolvimento de métodos para garantir sua execução. Sem a coação estatal é possível que haja quebra contratual, inclusive por comportamento oportunista, ante a existência de incentivos das partes para fazer promessas que não cumprirão, principalmente quando ausente a sanção reputacional, já que a parte que primeiro cumpre sua obrigação está concedendo um crédito à outra - quando o standard da boa fé e do equilíbrio contratual, por exemplo, cumprem importante função de suprimento de lacunas na adjudicação.

⁴⁸³ A falta de informação sobre a qualidade de um determinado produto acarreta que sejam negociados produtos por preços médios, com qualidade decrescente, ocasionando seleção adversa a expulsar agentes com bons produtos, mas que não conseguem operar com preços médios, do mercado, reduzindo o número de transações (TIM, Luciano Benetti. **Análise Econômica dos Contratos**. TIM, Luciano Benetti (org.). Direito e Economia no Brasil. São Paulo: Atlas Editora, 2012, p. 167).

⁴⁸⁴ Pelo risco moral, a própria contratação implica incentivo para alteração de comportamento de uma parte em desfavor da outra, que, sem possibilidade de controle, irá adotar cláusulas contratuais para precaução, exigindo compensações e reduzindo a frequência das transações (TIM, Luciano Benetti (org.). Direito e Economia no Brasil. São Paulo: Atlas Editora, 2012, p. 167).

⁴⁸⁵ Ver nota 37.

⁴⁸⁶ Há custos superiores a zero para redação de cláusulas contratuais, envolvendo cálculo de probabilidades, previsão de hipóteses futuras, acomodação de motivações, verificação de legalidade, alocação de riscos etc., de modo que contratos geralmente não serão completos.

⁴⁸⁷ Para SCHWARTZ, ao elaborar o contrato as partes possuem objetivos substantivos (substantive goals) e instrumentais ou contratuais (contracting goals), servindo os segundos para atingir as metas substantivas da melhor maneira. (SCHWARTZ, Alan. **Relational Contracts in the Courts: An Analysis of Incomplete Agreements and Judicial Strategies**, The Journal of Legal Studies, v. 21, n. 2, jun/1992, p. 284).

⁴⁸⁸ Como esclarece Timm (TIM, Luciano Benetti. **Análise Econômica dos Contratos**. TIM, Luciano Benetti (org.). Direito e Economia no Brasil. São Paulo: Atlas Editora, 2012, p. 169), o exemplo da compra de uma revista como contrato não relacional, ou one shot exchange, envolve inexistência de externalidades a afetar terceiros; a entrega do bem e o pagamento são simultâneos, não havendo necessidade de execução do contrato; a revista é igual a todas as outras da mesma edição, inexistindo vícios ocultos; o preço está estampado na capa e as partes não estão abertas a barganha, reduzindo custo de negociação; para o vendedor o dinheiro vale mais que a revista e para o comprador ocorre o oposto, gerando riqueza por excedente econômico (após a compra e venda ocorre valorização da posição de cada parte relativamente ao estado anterior).

⁴⁸⁹ POSNER, Eric A. **A Theory of Contract Law under Conditions of Radical Judicial Error**. John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 80, The Law School of Chicago, ago/1999.

Logo, desponta como crucial a precisão na adjudicação contratual, a impactar os objetivos substantivos das partes, sendo intuitivo supor que poderão buscar atrair para si as vantagens decorrentes da incompetência judicial.

*Schwartz*⁴⁹⁰ defende que a apreciação judicial de contratos mantém basicamente três estratégias: proteção de valores processuais, interpretação da linguagem e suprimento de termos quando as partes falharam em provê-los no ponto litigioso (*gap filling*). As cortes preenchem a lacuna com uma regra que especifica como resolver a disputa, sendo suposto que há relevantes regras contratuais implícitas. Fornece, então, o exemplo de duas possibilidades de contrato entre fabricante e atacadista: (1) o preço a pagar ao fabricante para cada uma de cinco unidades é 20 se o atacadista enfrenta alta demanda e 10 por unidade para baixa demanda; (2) o preço é 20 por unidade para 5 unidades. A segunda hipótese aparentemente está completa por referir preço e quantidade. Porém na primeira hipótese o atacadista não terá incentivo para descumprir o contrato, estando o preço adequado as contingências. Na segunda hipótese haverá incentivo para descumprimento contratual se a demanda for baixa, porque o preço então estará muito alto e o contrato estará incompleto (por prender as partes com excesso de generalidade quanto a eventos futuros), apesar de aparentemente não haver lacuna. Interessante fixar que na primeira hipótese a completude se estende aos diversos graus de demanda intermédios entre “alta” e “baixa”, absorvidos pelas duas previsões feitas, enquanto na segunda há previsão de somente um estado de coisas, falhando em tratar uma das duas possibilidades reais que podem surgir (falha em disciplinar o estado de baixa demanda).

A corte exerce uma escolha: pode forçar o cumprimento do preço acordado, ou adicionar uma regra que governe o estado de coisas verificado no ex post e incompatível com a formulação contratual - e a retórica judicial por vezes exclui a existência dessa segunda hipótese, gerando a indagação do motivo pelo qual há suprimento em alguns casos, mas não em outros. A resposta repousa na assimetria de informação a respeito de importantes fatores - no exemplo dado, o segundo contrato será escrito se o vendedor não puder observar a demanda no mercado atacadista exceto mediante custo proibitivo; ao passo em que o primeiro contrato pode não vir a ser escrito pelo temor de que o atacadista venha a alegar estrategicamente estar sofrendo baixa demanda, o que demandaria revelação de fatos por vezes inacessíveis à parte contrária ou ao adjudicador (assimetria de informação): se o preço estiver condicionado a

⁴⁹⁰ SCHWARTZ, Alan. **Relational Contracts in the Courts: An Analysis of Incomplete Agreements and Judicial Strategies**, The Journal of Legal Studies, v. 21, n. 2, jun/1992, p. 284

(inverificável) baixa demanda, o comprador sempre terá incentivo para alegar que está enfrentando baixa demanda para pagar o preço reduzido, manipulando o sistema judicial.

Diante disso, *as partes preferem firmar contrato incompleto* para não abrir margem para comportamento oportunista da parte contrária, tendo em vista que a adjudicação não teria aptidão para, de forma acurada, avaliar eficientemente os reais componentes em conflito que subjazem à relação contratual. A decisão de inacabamento deliberado, portanto, não deixa e ser *“uma espécie de ‘externalização’ sobre o intérprete”*.⁴⁹¹

O sistema judiciário responde a estes casos normalmente de forma passiva, ao argumento de que não houve violação processual, nem linguagem ambígua, e que não pode completar contrato melhor do que sofisticadas partes poderiam ter feito. Ainda conforme Schwartz, *“sua resposta é o produto de uma tradicional limitação institucional: cortes serão preferivelmente passivas ao invés de ativas quando defrontadas com problemas que não terão como resolver”*.⁴⁹²

As hipóteses mencionadas demonstram como a imprecisão inerente à adjudicação, ainda que involuntária, ainda que impossível de ser contornada, afeta o comportamento das partes em suas relações jurídicas mesmo que não sejam elas litigantes em processo judicial.

2.3 Apuração de danos

A adjudicação pode estar voltada a quantificar prejuízos, ao invés de definir a responsabilidade. *Kaplow*⁴⁹³ estabelece que a relação entre o aumento de precisão na quantificação de danos e a dissuasão *depende de que o agente detenha informação prévia sobre o nível de precisão judicial*, além da *predictabilidade do montante real dos danos* que serão ocasionados por determinada atividade (por exemplo, os danos perpetrados pela colisão de veículo contra pessoa são bastante imprevisíveis, dependendo da extensão das lesões corporais, incapacitação ou existência de óbito, bem como da situação socioeconômica, familiar e etária da vítima).

Para o autor, grande precisão não irá aprimorar comportamento, salvo se *“no tempo em que contemplam como agir, indivíduos antecipem as informações que os tribunais irão*

⁴⁹¹ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 523.

⁴⁹² SCHWARTZ, Alan. **Relational Contracts in the Courts: An Analysis of Incomplete Agreements and Judicial Strategies**, The Journal of Legal Studies, v. 21, n. 2, jun/1992, p. 274

⁴⁹³ KAPLOW, Louis. **The value of accuracy in adjudication: an economic analysis**. The Journal of Legal Studies, v. 23, n. 1, jan 1994, p. p. 313 ss.

posteriormente obter e as sanções que serão aplicadas”,⁴⁹⁴ bem como que possam antecipar os danos que irão causar - alguns danos não são antecipáveis e alguns agentes contam com baixa informação ou capacidade de previsão (*poor harm predictors*).

McG. Bundy⁴⁹⁵ discorda do ponto de vista. Afirma que maior precisão, ainda que vagamente conhecida, estimula os atores a buscar informação, pesquisando se suas condutas são ou não sancionáveis, se são juridicamente relevantes e que prejuízo causarão: “*maior precisão então melhora ambos, a qualidade do sinal que a adjudicação envia aos atores primários e a probabilidade de que irão recebê-lo*”. Assim, o grupo dos *desinformados* ficaria reduzido aos que não têm ideia de que sua conduta é sancionável e aos que, embora cientes de que a conduta pode ser sancionável, não têm consciência dos efeitos do aumento da precisão na quantificação das sanções. Excluídos, de qualquer sorte, estaria o grupo de bem informados imunes às variações no grau de precisão, composto por indivíduos propensos a se engajar em atividades independentemente das sanções legais esperadas (*nonresponsive*).

2.4 Aperfeiçoamento das normas

Alguns autores afirmam existir correlação entre o aperfeiçoamento da jurisdição e o do sistema jurídico, o que pode ser anotado não somente no sistema da *common law*.

McG. Bundy sustenta que maior precisão na obtenção de informações fáticas gera efeitos colaterais benéficos na aplicação da lei, que se torna também mais precisa - devido a discricionariedade na determinação de conteúdo de regras legais, adjudicadores podem concluir que fatos sensíveis revelados reclamam a rejeição de regra, ou aplicação da que produza resultado mais específico às sutilezas do caso concreto, aprimorando a aplicação do direito.

Por outro lado, algumas tentativas - *engenhosas*, segundo Cooter e Rubinfeld⁴⁹⁶ - têm sido feitas para explicar como a competição entre litigantes no processo judicial, semelhantemente à competição de mercado para os negócios, pode produzir maior eficiência das normas jurídicas sem intenção consciente - a *litigância seletiva* (*selective litigation*) teria então consequência similar à *mão invisível* (*invisible hand*) do mercado. Teoriza-se que as leis

⁴⁹⁴ McG. BUNDY, Stephen. **Valuing Accuracy - Filling out the Framework**: Comment on Kaplow. The Journal of Legal Studies, v. 23, n. 1, jan/1994, p. 415.

⁴⁹⁵ McG. BUNDY, Stephen. **Valuing Accuracy - Filling out the Framework**: Comment on Kaplow. The Journal of Legal Studies, v. 23, n. 1, jan/1994, p. 415

⁴⁹⁶ COOTER, Robert D.; RUBINFELD, Daniel L. **Economic Analysis of the Legal Disputes and Their Resolution**. Journal of Economic Literatures, vol. 27, n. 3, p. 1067-1097, 1989, p. 1091/1092

ineficientes seriam mais “litigadas” e, repetidamente desafiadas na corte, acabariam sendo modificadas - ao passo em que as eficientes podem persistir intactas.⁴⁹⁷

A discussão se relaciona com a capacidade do judiciário de aperfeiçoar crescentemente a adjudicação e a aplicação da lei, se bem reconhecido o “estado de mundo” em que se materializam as relações em apreço, acentuando ou não a complexidade das regras e acolhendo maior número de fatos relevantes para fins de diferenciação das ocorrências.

Cooter e Rubinfeld,⁴⁹⁸ contudo, se contrapõem à hipótese, asseverando que a *mão invisível* funcionaria de forma atenuada no judiciário ante a falta de incentivos às partes, que se apropriam de apenas fração do novo precedente que colaborariam para criar, e já que não se importam com os custos sociais que regras ineficientes impõe a terceiros. Requerentes somente irão desafiar as leis quando puderem capturar grande porção do valor derivado do precedente, ou seja, quando o produto da demanda for vultoso, desimportando a boa qualidade das normas. O problema de equiparar o litígio ao mercado, alegam, é que os ganhos redistributivos do processo frequentemente são mais importantes do que desafiar ineficiências na legislação.

Porém, na prática jurídica percebe-se que a repetitividade de demandas tanto pode conduzir ao excessivo empobrecimento e simplificação das categorias do direito, com efeitos negativos na dissuasão, quanto, contrariamente, ao aperfeiçoamento de sua eficiência, sendo ambas as consequências diretamente relacionadas ao maior ou menor grau de precisão com que a corte irá proceder a adjudicação dos grupos de matérias semelhantes.

Parece correto afirmar que áreas do Direito pouco desenvolvidas em determinada sociedade podem sofrer aprimoramento uma vez que o Poder Judiciário seja capaz de bem solver litígios ajuizados por litigantes.

Os mesmos autores excepcionam as leis vagas, que, segundo eles, serão objeto de litígio até que seu conteúdo seja acuradamente esclarecido e aperfeiçoado pelas cortes. Para *Cooter e Rubinfeld*, as leis vagas ocasionam maior litigiosidade - “*se e a ineficiência da lei deriva de sua vaguidade, tenderá a ser litigada até que as cortes atinjam uma clara alocação do direito subjacente*”.⁴⁹⁹

⁴⁹⁷ Ver II Parte, Cap. 2, item 4.2. Enforcement privado

⁴⁹⁸ COOTER, Robert D.; RUBINFELD, Daniel L. **Economic Analysis of the Legal Disputs and Their Resolution. Journal of Economic Literatures**, vol. 27, n. 3, p. 1067-1097, 1989.

⁴⁹⁹ Ibidem, p. 1091-1092.

Em outra obra, *Cooter e Ulen*, ao referir os jogos de negociação que testam o Teorema de Coase,⁵⁰⁰ afirmam existir evidências de que negociadores, ou litigantes adversos, entrarão em cooperação com maior probabilidade quando os seus direitos forem claros, reduzida a probabilidade quando os direitos são ambíguos, tendo em vista que o direito define os valores de ameaça - ou "o quanto seria obtido sem cooperação"⁵⁰¹ - das partes em disputas jurídicas. A cooperação ocorre mais facilmente quando os valores de ameaça, definidos pelo direito, são de conhecimento público. A cooperação nas relações jurídicas restará comprometida se a lei que define direitos e obrigações não for clara, despertar incertezas ou for vaga.

Observe-se haver diferença entre vaguidade e ambiguidade na lei. A ambiguidade de texto legal implica na possibilidade de mais de um sentido (polissemia), ao passo em que a vaguidade possibilita infinitas aplicações a casos particulares - "*a vaguidade de um termo é demonstrada pela produção de casos fronteiros (borderline cases), isto é, indivíduos para os quais parece impossível tanto aplicar quanto não aplicar o termo*", de modo que "*ninguém irá saber como utilizá-lo*",⁵⁰² ainda que vários observadores procurem fazê-lo.⁵⁰³

Teoricamente, a construção judicial acurada e segura do sentido de lei vaga interfere, portanto, a um só tempo, com os níveis de litigância e de cooperação entre partes, gerando impacto no aprimoramento do capital jurídico.⁵⁰⁴ Fica claro que a doutrina da Análise Econômica do Direito estabelece vinculação dinâmica entre o grau de precisão da jurisdição e o aprimoramento das normas legais.

Por tudo o que foi dito, é possível antever que as escolhas legais relativas ao grau de precisão da decisão judicial obedecem elementos complexos, e devem levar em conta custos e benefícios sociais. A percepção de tais elementos, em avaliação de custo-benefício, tem a aptidão de aprimorar a criação, interpretação e a aplicação do Direito.

⁵⁰⁰ COASE, Ronald H. **O problema do custo social**. Trad. Francisco Kümmel F. Alves e Renato Vieira Caovilla. Curitiba: Pontifícia Católica do Paraná (PUCPR). Disponível em <<http://www.pucpr.br/arquivosUpload/5371894291314711916.pdf>>. Acesso em 18 de maio de 2015. Sobre experimentos específicos com o Teorema de Coase, ver Elisabeth Hoffman e Matthew Spitzer, *The Coase Theorem: Some experimental Tests*, e, dos mesmos autores, *Experimental Tests of the Coase Theorem with Large Bargaining Groups*.

⁵⁰¹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5a ed., São Paulo: Bookman, 2010, p. 429.

⁵⁰² BLACK, Max. Vagueness. **An Exercise in Logical Analysis**. *Philosophy of Science*, v. 4, n. 4, p. 427-455, 1937.

⁵⁰³ Os adjetivos bonito, alto e pequeno, por exemplo, podem se referir a um universo bastante vasto de pessoas, e por isso são vagos. A ambiguidade é resolvida mediante interpretação diante do contexto e a vaguidade demanda a construção de regra determinável, não sendo solvível pela interpretação. No direito americano lei pode ser invalidada, ou considerada não aplicável por vaguidade (void for vagueness).

⁵⁰⁴ Ver GICO JR, Ivo T. **A Tragédia do Judiciário**: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário. Tese de Doutorado apresentada para obtenção do título. Departamento de Economia, Programa de Pós-Graduação em Economia, Universidade de Brasília. Brasília, 2012.

3 BALANÇO ENTRE CUSTOS E BENEFÍCIOS

3.1 Regras e *standards*

Os custos destinados à precisão judicial podem sofrer alterações se a questão for decidida com base na subsunção ou na ponderação. Ou, ainda, se a o regramento da questão estiver definido por regra ou por *standard*.

*Posner e Ehrlich*⁵⁰⁵, em sua análise econômica da elaboração de normas, diferenciam regras de *standards* a partir do grau de especificidade com que se apresentem. As *regras* trazem de antemão todos os elementos necessários à sua interpretação e aplicação, ao passo em que os *standards* são mais vagos ou abertos, com menos densidade normativa, demandando elaboração pelo adjudicador no momento da solução do litígio, à luz das peculiaridades do caso concreto. Como sustentam os autores, o pendor para a densidade ou a abstração de tais normas, que varia gradativamente, traz importantes implicações relativas a custos - principalmente de especificação pelo legislador, de aplicação judicial e de adesão à norma jurídica - e benefícios.

Kaplow esmiúça a forma com que se verificam os custos de uma e de outra hipóteses. Uma *regra* estabeleceria, v.g., que “*é proibido dirigir veículos acima de 55 Km/h em vias expressas*”. Um *standard* iria regular a situação de maneira diversa, mais vaga, enunciando, v.g., que “*é proibido dirigir veículos em velocidade excessiva em vias expressas*”. A primeira determinação envolve maior custo social para a sua elaboração prévia, *ex ante factum*, necessitando abarcar uma série de possíveis situações futuras determinantes para o cálculo da velocidade ótima. Deve, portanto, realizar cálculos médios das condições dos veículos que por ali transitam, a habilidade de condutores, a condição de trafegabilidade da estrada, sua inclinação, condições climáticas habituais etc. Aos custos de elaboração da regra *ex ante* correspondem vantagens, poupando recursos dos motoristas na obtenção de informações sobre o que está vedado e o que está permitido, e do judiciário, que não necessitará definir o seu conteúdo por ocasião do julgamento.

O *standard*, por sua vez, ao definir de modo aberto, genérico ou vago o conteúdo normativo, não irá exigir consideráveis custos prévios - incluídos aí os custos para aferições técnicas, ou os políticos, de barganha legislativa, dentre outros. Porém tais custos surgem no *ex*

⁵⁰⁵ EHRILICH, I; POSNER, Richard. *An Economic Analysis of Legal Rulemaking*. The Journal of Legal Studies, v. 3, n. 1, p 257-286, jan/1974.

post, depois que a situação indesejada se concretizou. Prosseguindo no exemplo da fixação da velocidade adequada, irá demandar que o juiz, caso a caso, apure as condições particulares dos veículos, a habilidade do motorista, as condições presentes na estrada, para definir se a velocidade praticada pelos motoristas era regular ou excessiva. Ainda, o particular deverá incidir em custos para obter informações sobre as possíveis integrações de conteúdo, o que pode redundar em descumprimento da lei ou em excesso de precaução, desestimulando-se atividades lícitas que produziriam melhora de bem estar social.

Para fins meramente explicativos, suponha-se que o direito formulado pelo legislador ordinário guarda, em geral, características de *regras*, por contar com definição mais específica e densificada de seu conteúdo normativo. Opostamente, o poder normativo que emana diretamente da constituição, em grande parte das vezes, se reveste de maior indefinição e abstração de conteúdo, ganhando a forma de *standards*.⁵⁰⁶

Para a alocação ótima destes custos, *Kaplow* estabelece que regras devem ser adotadas para a regulação das situações repetitivas em geral, de grande incidência prática, ao passo em que os *standards* devem ser adotados para eventos que pouco se repetem - v.g., o emprego de determinado produto químico de utilização extremamente específica - ou, ainda, na presença de conceitos jurídicos abertos e indetermináveis de antemão, alusivos a comportamentos bastante heterogêneos, que não são passíveis de regramento prévio dada a riqueza de possibilidades concretas - como a definição de negligência e de boa-fé, cuja caracterização no mundo fenomênico é altamente dependente dos detalhes que cercam os eventos em julgamento.

Sintetiza *Nóbrega*,⁵⁰⁷ citando *Schlag*,⁵⁰⁸ as virtudes e vícios de ambas as modalidades: para as regras, virtudes como certeza, uniformidade, estabilidade e segurança se opõe a vícios como intransigência, arregimentação, rigidez e encerramento; para os standards, qualidades positivas como flexibilidade, individualização, *open-endedness* e dinamismo se antagonizam a manipulação, desintegração, indeterminação, aventureirismo.

Optar entre uma ou outra modalidade implica em um *trade-off* entre a estabilidade em prol da flexibilidade - *trade-off* que se faz presente também quanto ao elenco de conveniências e vantagens da densificação de conteúdo em dois momentos distintos, o da

⁵⁰⁶ A diferenciação entre princípios e regras, no âmbito do Direito Constitucional, é matéria sujeita a controvérsias, estando fora do âmbito do presente trabalho. A distinção aqui realizada tem objetivos meramente didáticos.

⁵⁰⁷ NOBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. **Custos e Benefícios de um Sistema Jurídico baseado em Standards**: uma análise econômica da boa-fé objetiva. *Economic Analysis of Law Review*, v. 3, n. 2, p. 170-188, dez/2012.

⁵⁰⁸ *Ibidem*, p. 174.

elaboração (*centralized upper level*) e o da aplicação da norma (*descentralized lower level*), “o que repercute na divisão de trabalho entre o legislador, de um lado, e o judiciário e a burocracia administrativa, de outro”⁵⁰⁹.

Paralelamente ao encaminhamento de integração do conteúdo normativo do órgão legislador para o aplicador, e do foco da generalidade para o do caso concreto, o deslocamento do grau de definição da norma em direção à vagueza irá implicar também em *ampliação da discricionariedade* do aplicador. Logo, a definição legal exauriente de todos os elementos atua como mecanismo que retira discricionariedade do aplicador da norma - com ele restringindo, também, *a margem de erro*.

*Shecaira*⁵¹⁰ se utiliza do art. 35(1) da Constituição da África do Sul como exemplo. O dispositivo prevê que:

“Todo aquele que é preso por ter supostamente cometido um delito tem o direito (...) de ser apresentado a um tribunal, tão logo que razoavelmente possível, mas não mais de 48 horas após a detenção; ou até o fim do primeiro dia forense após o término das 48 horas; se as 48 horas expirarem fora do expediente judicial normal ou em um dia em que não haja expediente judicial”.

Para imunizar o direito de erros de julgamento ou viés, a cláusula é extremamente precisa, estabelecendo inclusive desdobramentos que poderiam ser solvidos por regras gerais - o que repousa nos constantes abusos de autoridade praticados durante a era do *apartheid*, e não esconde o ceticismo quanto à discricionariedade.

Sobre o grau extremado de precisão das regras legais, interessante observar as considerações feitas no julgamento do caso *Hunter v. Norman*, Vermont, analisadas por *Shauer*,⁵¹¹ envolvendo a recusa do servidor público *Jane Norman* em aceitar a candidatura à reeleição do *Senador Hunter* porque protocolada às 5:03 da tarde (5:03pm), enquanto o prazo final estabelecido pelas Leis de Vermont seria o das 5:00 (“*não tenho nenhuma intenção de violar a lei, nem por Jesus Cristo em pessoa*”, exclamara o escrivão). Indaga-se se os aplicadores seriam mais tolerantes quanto ao horário se as Leis de Vermont estipulassem o prazo de 5h (5pm) em lugar de 5:00 horas (5:00pm); e ainda menos flexíveis se estabelecido o

⁵⁰⁹ NOBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. **Custos e Benefícios de um Sistema Jurídico baseado em Standards:** uma análise econômica da boa-fé objetiva. *Economic Analysis of Law Review*, v. 3, n. 2, p. 170-188, dez/2012, p. 173

⁵¹⁰ SHECAIRA, Fábio. **Construindo o Direito com Regras e Standards** (cap. 10). Disponível em <<http://fabioshecaira.wikispaces.com/file/view/Cap%C3%ADtulo+Dez.pdf>>. Acesso em 2 de maio de 2015, p. 6-19

⁵¹¹ *Ibidem*, p. 6-19.

horário de 5:08 horas (5:08pm) em lugar de 5:05 (5:05pm). O caráter menos convencional dos números não redondos “*parece gritar ‘estamos falando sério’*”.⁵¹²

Prosseguindo, intuitivo que a redução de discricionariedade mitiga incertezas, o que é crucial para atividades que não as comportem, como o trânsito de veículos. Do mesmo modo, esta redução é importante para direitos reportáveis a valores que devem ser protegidos da margem de *erro* ou tendência do adjudicador. Neste caso é possível mencionar como exemplo, ainda com *Shecaira*, a interpretação *per se*, em oposição à *rule of reason*, que orienta infrações concorrenciais no direito norte-americano, cuja consumação independe de qualquer cogitação ou defesa que invoque os efeitos econômicos no mercado ou intenção do agente.⁵¹³ Do mesmo modo, bastante detalhada e específica a legislação que trata da transmissão de propriedade imobiliária. Anote-se, contudo, a circunstância da jurisprudência ter afastado a presunção de violência no delito de estupro cometido contra menor de 14 anos⁵¹⁴, mesmo com a estipulação categórica da lei que, se interpretada no sentido da proteção à vítima, atribuiria o dever de maior precaução por parte do agente previamente à conduta.

Também, reduzir discricionariedade promove a eficiência, ao estabelecer *protocolos* a seguir, como os empregados em caso de fiscalização e classificação. Através de regras precisas torna-se possível acelerar procedimentos fiscalizatórios, como os de ingresso de bens e pessoas no país, possibilitando a contratação de pessoal treinado menos qualificado para tarefas repetitivas, ao invés de peritos.

Sobretudo, na linha de considerações sobre a redução da margem discricionária, aponte-se a preocupação com o *erro de definição ex post do conteúdo da norma*, que irá comprometer, ao mesmo tempo, a igualdade entre os destinatários de múltiplos resultados de aplicação da lei. A redução da discricionariedade, através da utilização de normas mais afeiçoadas às regras, “*será tipicamente o produto do entendimento de que fazer julgamentos individualizados, em cada caso, produzirá muitos erros inaceitáveis*”.⁵¹⁵ Para *Shecaira* este o

⁵¹² SHECAIRA, Fábio. **Construindo o Direito com Regras e Standards** (cap. 10). Disponível em <<http://fabioshecaira.wikispaces.com/file/view/Cap%C3%ADtulo+Dez.pdf>>. Acesso em 2 de maio de 2015, p. 6-19.

⁵¹³ USA. Suprema Corte. *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36, 58 (1977) (*Northern Pac. Ry. v. United States*, 356 U.S. 1, 5 (1958)).

⁵¹⁴ Ver o revogado Art. 213, c/c/ art. 224, a, do Código Penal Brasileiro. Art. 224. Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de catorze anos; b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

Anote-se a existência de flexibilização jurisprudencial.

⁵¹⁵ SHECAIRA, Fábio. **Construindo o Direito com Regras e Standards** (cap. 10). Disponível em <<http://fabioshecaira.wikispaces.com/file/view/Cap%C3%ADtulo+Dez.pdf>>. Acesso em 2 de maio de 2015, p. 8-19.

ímpeto a ensejar a adoção das Diretrizes Federais para Fixação de Penas em Sentenças (*Federal Sentencing Guidelines*) instituído no direito norte-americano de modo a evitar se produzam exageros desmedidos, além de grandes disparidades em fixações de penas para os mesmos crimes.

Observe-se, também, que a falta de previsão detalhada acomete a fixação de danos morais, ou de danos materiais de difícil mensuração (como o tempo, nos casos de indenização por impontualidade ou atraso no atendimento), gerando erros de definição dada a largueza de critérios. O *standard* ‘compensação à vítima e punição do ofensor’, nos danos de massa que afetam pluralidade de vítimas - nos quais permanece inalterável o fator capacidade econômica do ofensor - poderiam ser fixados segundo a gravidade do evento e o poder aquisitivo da vítima.⁵¹⁶

A fixação de danos por amostragem, quando vitimados grandes grupos homogêneos agrupáveis estatisticamente, possibilita menor nível de abstração e maior igualdade dos resultados judiciais, a menores custos. Lei do Estado da Paraíba,⁵¹⁷ ao estabelecer valor fixo para a indenização por espera em fila bancária, propiciou maior densificação do conteúdo normativo, possibilitando que de imediato ficasse definido o valor de ameaça ou o valor devido ao consumidor. É possível que a medida promova a dissuasão do comportamento ilícito, ao aumentar a probabilidade da incidência da sanção, interferindo, assim, no fator (p) da equação $pF > B$.⁵¹⁸

A disponibilidade de capital humano e o contexto histórico-cultural são relevantes para a escolha. E, reportando-se a Schäfer,⁵¹⁹ Nóbrega⁵²⁰ sublinha que países com capital humano mais escasso deveriam optar pelo modelo jurídico baseado preferencialmente em regras - “o processo de decisão judicial na aplicação de cláusulas gerais cria uma demanda elevada de muitos profissionais bem treinados na base para atuar junto aos juízes de primeira instância e tribunais”.

Possível acrescentar a estas conclusões a percepção de que os *standards*, ou mesmo a tendência à ‘*standardização*’ de regras, derivada da tendência hodierna à *flexibilização do conteúdo normativo*, exigiria, para além do mencionado capital humano, um aumento custoso e ineficiente da estrutura de serviços públicos judiciais, e talvez seja uma das causas da

⁵¹⁶ Ver Parte IV - Trial Sampling

⁵¹⁷ Lei Estadual n. 10.323, de 3 de junho de 2014

⁵¹⁸ Ver Parte II, Cap. 2, item 4.1. Sanção e Cumprimento (Enforcement)

⁵¹⁹ NOBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. **Custos e Benefícios de um Sistema Jurídico baseado em Standards**: uma análise econômica da boa-fé objetiva. *Economic Analysis of Law Review*, v. 3, n. 2, p. 170-188, dez/2012, p. 176

⁵²⁰ Ibidem, p. 176.

avalanche de processos em trâmite no Brasil. Seria importante acrescentar que essa escassez de profissionais habilitados deve ser aferida relativamente à demanda por litigiosidade, registrada a escassez de juízes e aplicadores relativamente a litígios, e à vista da necessidade de manter estável o direito, construindo capital jurídico.

*Schäfer*⁵²¹ aponta a *demora* nos julgamentos, também traduzível por custo do litígio, derivada da complexidade das decisões baseadas em *standards*, em alguns exemplos extremos com a desistência das partes em litigar (Buscaglia) - o que leva as partes a abrir mão de seus direitos ou buscar onerosos meios privados de solução de disputas. Sustenta, também, que normas abertas fomentam a corrupção, ao ampliar a margem discricionária de todos os envolvidos no processo judicial. *Standards* exigem longa discussão e maturação no seio do Poder Judiciário para serem solidificados, através da repetição de julgamentos, testada a sua aplicabilidade em uma diversidade de casos concretos.

Segundo ele, a solidificação da jurisprudência que define contornos dos *standards* pode se tornar excessivamente demorada em países menos desenvolvidos, que apresentem maior problema informacional, de capital humano, menor treino para a tomada de decisões complexas, e de maturidade institucional, prevalecendo a incerteza legal durante períodos excessivos de tempo, resultando não em uma gradual evolução de *standards* para regras mais precisas, mas sim em um período duradouro de incerteza para aqueles que são obrigados a obedecer normas legais. A circunstância se agrava pela concomitância de mudanças sociais e técnicas, o que trunca o processo de aprendizado e elaboração normativa pelos tribunais e aumenta o grau de incerteza legal.

A indefinição do conteúdo normativo implica em custos também para a produção de provas, ou para a redução do erro na decisão judicial, pois gera a necessidade de revelação de informações mais difusas, sobre fatos jurídicos que não foram antecipadamente apontados por lei como relevantes, em tarefa um tanto profética. A aplicação de *standard* implica justamente em não saber de antemão o que será considerado e o que será eliminado como fundamento decisório, ou em que não se possa afirmar ou descartar a relevância de determinado fato para a integração do conteúdo normativo, forçando a parte a produzir prova sobre diversos pontos na ampla discussão jurídica que a ausência de regra provoca. Os pontos de prova serão tão amplos quanto a abertura normativa do *standard* em discussão judicial, provocando inegável incremento do custo privado e social relativamente às regras, além do risco de erro. É

⁵²¹ SCHAFFER, Hans-Bernd. **Rule Based Legal Systems as a Substitute for Human Capital**. Should Poor Countries Have a More Rule Based legal System? Workshop, UC Berkeley, 21-22 September 2001. Disponível em <<http://escholarship.org/uc/item/7vg1x8cs#page-2>>. Acesso em 7 de março de 2015.

por isso que deveriam ser reservados, repita-se, aos casos raros ou os de impossível definição prévia, construindo-se repertório mais definido ao longo do histórico de julgamentos.

Como conclui *Nobrega*,⁵²²

“(...) antecipadamente, standards ou regras não são melhores ou piores, mas podem funcionar de modo mais eficiente em determinados contextos. A clareza sobre os custos que a sociedade está a arcar com opção por standards é fundamental para se repensar o desenho institucional que o sistema jurídico brasileiro está assumindo. Nesse ponto, o grau de maturidade institucional de cada Estado importa.”

Convincente, portanto, o argumento de que haverá maiores custos de adjudicação, e consequentemente de precisão, se a demanda envolver a aplicação de *standards*, comparativamente às regras - cujos custos são prévios e enfrentados pelo Poder Legislativo, mas são *dissolvidos* pela repetição de casos reais sobre os quais a regra incide.

3.2 Custos da ponderação em conflitos constitucionais

Em se tratando de causas envolvendo a ponderação de Direitos Fundamentais em conflito, raciocínio semelhante pode ser adotado. Na quadra histórica atual, retrai-se a reverência do Poder Judiciário às soluções legalmente estipuladas. O juiz não apenas submete as leis a checagem de conformidade constitucional, mas também constrói soluções situadas fora da moldura legal (*judge made law*). Há quem diga que “*no neoconstitucionalismo, toda a interpretação é constitucional*”⁵²³.

No exercício de sua função típica, o legislador estabelece regras gerais e abstratas com base na virtual participação de todos os grupos sociais atingidos, via sistema representativo, aferida a conveniência política de soluções e analisados os seus custos e benefícios previamente, *ex ante facto*. O judiciário, ao contrapor-se à legislação aprovada pelo poder legislativo, busca justificar sua legitimidade, em linhas gerais, através de procedimentos argumentativos⁵²⁴, pelos quais estaria autorizado, segundo alguns doutrinadores, a deixar de

⁵²² NOBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. **Custos e Benefícios de um Sistema Jurídico baseado em Standards**: uma análise econômica da boa-fé objetiva. *Economic Analysis of Law Review*, v. 3, n. 2, p. 170-188, dez/2012, p. 186.

⁵²³ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo e Teoria da Interpretação**. *Revista da EMERJ*, v. 11, nº 43, 2008, p. 221.

⁵²⁴ O ônus argumentativo, que tem por elemento chave o princípio instrumental da proporcionalidade, confere legitimização à escolha judicial entre princípios em conflito. Deste modo, a ponderação será a chave da solução das colisões mediante atuação estatal restritiva de direitos fundamentais nos quadros de um Estado de Direito quando responde (1) que parâmetros a comandam; (2) a quem compete; (3) de que forma; (4) como o procedimento será sindicável (BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**: O triunfo tardio

aplicar a lei em nome de valor constitucional violado - o que, na prática brasileira, não se faz de forma sistematizada, havendo diversos “*problemas ainda irresolvidos*”.⁵²⁵

Disposições judiciais não repetem a leitura estrita da lei, mas são talhadas com base em múltiplas variáveis jurídicas do caso concreto, identificadas e valoradas. Opções legais prévias são reformuladas e as análises de conveniência realizadas pelo legislador previamente ao litígio são alteradas. Novas relações de prevalência *ex post facto* são fabricadas sob medida, depois do litígio instaurado, pelo julgador. Nessa hipótese, torna-se ainda mais importante a atenção para as múltiplas consequências da decisão do Direito que irá se consolidar, em procedimento que não está estruturado para receber opiniões de grupos reflexamente atingidos, ou, voltando a *Hayek e a Anant*,⁵²⁶ para capturar informações difusas na sociedade.

Mesmo depois de proferido o julgamento pelo tribunal competente para decidir matéria constitucional, não é possível saber qual o fundamento jurídico relevante, que será repetido em casos futuros, havendo possibilidade de que se procedam outros processos de densificação, a depender ou não da presença de outras relações de precedência possíveis. O conteúdo essencial atribuído pelo STF ao princípio da não produção de provas contra si mesmo não resulta nítido da leitura dos precedentes - por vezes desdobramento do direito ao silêncio, ou associado a outros princípios, como o da prova lícita, devido processo legal, presunção de inocência, autodefesa, dignidade da pessoa humana.⁵²⁷

No v. acórdão do STF que versa sobre o tema da interrupção da gravidez de feto anencéfalo⁵²⁸, combatem direitos fundamentais como à liberdade sexual e reprodutiva, saúde, autodeterminação, dignidade e, por outro lado, o direito a vida, cuja conceituação vem circundada pela discussão da laicidade do Estado. A ação foi julgada procedente, para dar interpretação conforme aos arts. 124 e 126, do Código Penal, excluindo, por incompatível com a CF, a interpretação que enquadra a interrupção da gravidez, ou antecipação terapêutica do

do direito constitucional no Brasil. 2009. Disponível em <<http://georgemlima.xpg.uol.com.br/barroso.pdf>>. Acesso em 15 de maio de 2015).

⁵²⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil.** 2009. Disponível em <<http://georgemlima.xpg.uol.com.br/barroso.pdf>>. Acesso em 15 de maio de 2015 (Nota-se que a própria fórmula de motivação decisória adotada pelos tribunais torna difícil precisar quais seriam as relações de precedência afirmadas nos julgamentos, para que, se emanados do STF, venham a orientar a sociedade e a magistratura, compondo o acervo jurídico-constitucional pátrio). Ver STRECK, Lenio Luiz. **A Katchanga e o Bullying Interpretativo no Brasil.** Consultor Jurídico, 28/6/2012. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-28/senso-incomumkatchanga-bullying-interpretativo-brasil>>. Acesso em 23 de março de 2015.

⁵²⁶ Ver Parte II, Cap. 2. Poder Judiciário

⁵²⁷ Ver BARRETO, Cecília Lima. **Silêncio no STF: Análise da Jurisprudência do Tribunal sobre o “princípio da não produção de provas contra si mesmo” e o “direito ao silêncio”.** 2012. Disponível em <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/202_Cecilia%20Lima.pdf>. Acesso em 19 de maio de 2015.

⁵²⁸ Na ADPF 54/DF, publicado em 25/7/2013, inteiro teor em: <http://www.jurisciencia.com/wp-content/uploads/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-ADPF-54-Anenc%C3%A9falo.pdf>

parto, em caso de comprovada anencefalia, como crime de aborto. O exaustivo julgamento não se extrai proposta metodológica a aplicar para futuros casos, nem a relação de precedência dos valores em concurso. O STF não se pautou no caso precedente, que tratava da Lei de Biossegurança,⁵²⁹ optando por citar argumentos doutrinários de diversas áreas do conhecimento humano, com o que deixou também de promover a *integridade* do direito, no sentido atribuído por *Dworkin*⁵³⁰.

Visualizando-se o acórdão isoladamente, ou em conjunto com o julgamento anterior sobre a Lei de Biossegurança, observa-se que não ocorreu a formação de consenso ou a externalização de opinião coesa quanto à definição de âmbito de proteção dos princípios em conflito. Foram reveladas concepções distintas sobre princípios importantes de direito constitucional, com a rejeição de precedente importante, apontadas mediante o emprego de vários métodos de interpretação.

Pois bem. A indefinição apontada reduz a formação de capital jurídico e a utilidade social da decisão do STF, restando enfraquecidas utilidades sociais derivadas do precedente, como a aplicabilidade a outros casos futuros, a definição do direito, a divulgação de informação socialmente valiosa sobre interpretação constitucional, a reduzir a volatilidade na compreensão do direito, ampliar a coordenação social e coibir o oportunismo.

A indefinição aumenta exponencialmente os custos do litígio e para obtenção de maior precisão, aumentado a margem de erro de julgamento, aspecto prático que tem sido negligenciado nos diversos estudos sobre a interpretação constitucional.

As diversas linhas de argumentação jurídicas que são desenvolvidas por múltiplos órgãos judiciais - juiz de primeiro grau, tribunais, juizados especiais, turmas de uniformização, tribunais superiores, STF - para justificar suas posições em casos rotineiros, todos potencialmente permeados, de algum modo, por questões constitucionais, processuais ou de

⁵²⁹ Anote-se que antes deste julgamento, na ADI 3.510/DF (Rel. Min. Carlos Britto, j. 29/05/2008), um dos mais importantes julgamentos da história brasileira, havia sido debatida a Lei de Biossegurança, mais especificamente sobre a produção e comercialização de organismos geneticamente modificados e pesquisa com cláusulas tronco embrionárias. O argumento central, que se pode depreender dos votos, girou em torno dos direitos à vida e à saúde, e do princípio da dignidade da pessoa humana, guardando proximidade com caso do aborto de feto anencefálico. Deveria este precedente, portanto, nortear o posicionamento do STF em relação ao conceito de vida na questão do aborto do anencéfalo.

⁵³⁰ A integridade, ao trazer para dentro do processo de interpretação a história institucional de determinada comunidade jurídica, atribui limites semânticos sobre as diversas possibilidades interpretativas das normas, obrigando o intérprete, em cada novo caso, a decidir com base no que já foi anteriormente decidido” (Ver CONTINENTINO Marcelo Casseb. O Problema das Excessivas Citações Doutrinárias no STF. 2012. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-set-15/observatorio-constitucional-problema-citacoes-doutrinaras-stf>>. Acesso em 19 de maio de 2015.

direito material, obrigaria às partes a comprovar, às cegas, um leque de inúmeros fatos que poderiam vir a ser adotados, a depender do entendimento pessoal de cada julgador.

A ponderação, ou mesmo a possibilidade de que a legislação invocada pelas partes venha a ser problematizada no contexto da parametricidade constitucional, aumenta os custos públicos e privados para obtenção de maior precisão. As partes, desconhecendo de antemão quais, dentre os diversos fatos sensíveis integrantes da complexidade do caso concreto, serão levados em consideração no sopesamento de interesses abstratos, deverá arcar com o custo da articulação e comprovação de todos eles.

Novais reconhece a dificuldade de delimitação da dialética processual neste contexto de constituição pervasiva:

“Perante a multiplicidade, praticamente inabarcável, de possíveis interesses (convocáveis) para qualquer ponderação envolvendo o exercício de direitos fundamentais, necessário proceder a uma seleção daquilo que se pondera e da dimensão com que se pondera”⁵³¹.

Assim, a falta de balizamento implica em maior indefinição do direito, que obriga comprovação às cegas de uma miríade de fatos jurídicos que puderem interessar ao litígio, a exemplo do trato de múltiplos argumentos jurídicos ventilados na decisão do STF sobre o parto terapêutico de feto anencéfalo acima apontados. Amplia, também, a discricionariedade judicial, que, à par de redução de transparência decisória, resulta em maior probabilidade de erro judicial, com seus custos privados e sociais.

Efetivamente, a definição do conteúdo legal posterior ao fato, na fase da aplicação da lei, combinada com a falta de capital jurídico, gera maiores custos jurisdicionais e para aumento de precisão. Segundo *Kaplow*⁵³², a definição *ex post facto* do conteúdo exato de determinado feixe normativo, como proposto pela ponderação como utilizada no Brasil - a relevância da variável *performance dos tribunais*, nos dizeres de *Nobrega*⁵³³ - amplia custos privados e sociais, sejam estes custos de apreensão, pelo jurisdicionado, do conteúdo da norma, e de sua definição pelo aplicador; de excesso de precaução, que inibe atividades lícitas; do aumento do tempo para a solução da disputa; para o monitoramento e fiscalização das atividades dos tribunais.

⁵³¹ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2ª. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 656.

⁵³² KAPLOW, Louis. Rules versus Standards: An Economic Analysis. *Duke Law Journal*, v. 42, p. 557-629, 1992.

⁵³³ NOBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. **Custos e Benefícios de um Sistema Jurídico baseado em Standards**: uma análise econômica da boa-fé objetiva. *Economic Analysis of Law Review*, v. 3, n. 2, p. 170-188, dez/2012, p. 182.

E, ainda, para o que nos interessa, amplia sobremodo os custos de produção judicial de provas relativas à diversidade de fatos jurídicos que podem vir a ser levados em conta, necessária à preservação de precisão da decisão judicial, e ao aumento de probabilidade do erro judicial.

3.3 Custos e benefício marginal de precisão

Custos são determinantes e litígios não serão resolvidos de forma acurada se a revelação incidir em custos excessivos. Presunções, circunstâncias e regras de ônus da prova irão substituir a evidência faltante. Como sucedâneo da realidade processual, em substituição ao fato que não logrou ser comprovado e em ambiente de informação incompleta, a legislação regula a alocação do risco do erro.

O custo de vasculhar águas oceânicas profundas em busca da caixa preta de um avião, que contenha informações sobre como ocorreu grave acidente aéreo, pode ser justificado pela fantástica dimensão de perdas envolvidas e necessidade de prevenção. No mesmo custo provavelmente não se irá incorrer, porém, se já existirem evidências suficientes das circunstâncias do acidente, ou se o objeto em questão for um anel perdido.

Existe um ponto a partir do qual não será justificável a produção de provas adicionais, seja pelo custo proibitivo, seja porque o excedente de informações não implicará em correspondente aperfeiçoamento marginal na dicção do direito, e sua busca ilimitada pode colocar em cheque os objetivos mesmo do processo. Ultrapassado este limite, a informação excessiva não irá gerar acréscimo em precisão, causando ineficiências para apreensão e triagem dos dados - segundo *Posner*, a precisão aumenta à raiz quadrada da coleção de provas⁵³⁴, se forem elas independentes, ou seja, se não implicar cada nova evidência na descoberta de outra.

Tal formulação, contudo, resta truncada se consideramos os custos do erro judicial. Apenas a título de menção, refira-se que a apuração dos custos relacionados à falta de precisão agregam o custo do erro judicial, que, no Brasil, está reconhecido constitucionalmente: “Art. 5, LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.”

⁵³⁴ POSNER, Richard. **An economic approach to the law of evidence**. John M. Olin Law & Economics Working Paper n. 66, Universidade de Chicago. Disponível em <<http://www.law.uchicago.edu/files/files/66.Posner.Evidence.pdf>>. Acesso em 2 de maio de 2015, p. 7.

*Posner*⁵³⁵ ressalta que o erro judicial é uma fonte de custos sociais por ineficiência, e a redução de tais erros - com consequente aumento da precisão - é uma das metas do sistema processual. Segundo ele, regras processuais são concebidas para minimizar a soma de dois tipos de erros na operação do mecanismo de solução de disputas: os *custos do erro* (*error costs*) - custos sociais gerados quando o sistema judicial falha em cumprir suas funções sociais, alocativas e outras - e os *custos diretos* (*direct costs*)⁵³⁶ - o desperdício dos custos de juízes, advogados, tempo dos litigantes, testemunhas e jurados, manutenção das estruturas judiciais etc.

P'ng,⁵³⁷ após exemplificar o *custo direto* - o de manter na prisão pessoa erroneamente condenada como autora de crime - também discorre sobre os *custos do erro*, ou custos indiretos, produto das escolhas individuais afetadas pelos *incentivos adversos fornecidos pelos erros*, vale dizer, custos oriundos das opções ineficientes de atividade e de prevenção.

Dessa forma, sem ingressar profundamente no assunto, é possível deixar o registro de algumas dimensões das onerações geradas pelo erro judicial. Não somente o resultado equivocado irá onerar frontalmente uma das partes, sobrebeneficiando outra (custos do erro), como o desperdício de da estrutura judicial e para o cumprimento de decisões (custos diretos). Além disso, haverá custos sociais gerados pelos incentivos adversos sinalizados pela decisão judicial equivocada.⁵³⁸

Logo, reunir mais e melhor informações irá aperfeiçoar a prestação jurisdicional até determinado limite, após o qual não se justificará incidir no custo adicional. Contudo, investimentos para evitar o erro judicial acarretam em proveitos que transcendem os valores em disputa no processo, pois evitam as diversas espécies de ineficiências atreladas ao erro.

⁵³⁵ Em especial: POSNER, Richard. **An economic approach to legal procedure and judicial administration**. *Journal of Legal Studies*, v. 2, 1973, p. 400

⁵³⁶ P'NG, Ivan P.L. **Optimal Subsidies and Damages in the Presence of Judicial Error**. *International Review of Law and Economics*, v. 6, n. 1, 1986, p. 105, nota 3

⁵³⁷ *Ibidem*, p. 101

⁵³⁸ O exemplo das ações por imperícia médica no sistema judicial americano revela que médicos são incentivados a solicitar exames e prescrever tratamentos desnecessários ou prejudiciais aos pacientes para se blindar da responsabilidade por erro médico.

PARTE V – APLICAÇÃO DA TEORIA ECONÔMICA DA PRECISÃO JUDICIAL

1 JULGAMENTO POR AMOSTRAGEM (*TRIAL SAMPLING*)

1.1 Litígios de massa

A vida gregária e fenômenos como industrialização, urbanização, tecnologia e economia de escala, com a produção em massa de bens e serviços,⁵³⁹ produziu realidade em que emergem, para o que aqui releva, duas espécies de direitos. Assim que soluções processuais buscam se compatibilizar com a presença de *“direitos sem titulação específica em indivíduos identificados, pertencentes a grupos ou mesmo à população humana em seu todo (ou seja, direitos pertencentes a massas de pessoas)”*⁵⁴⁰, ou direitos coletivos e difusos, bem como com a *“emergência de direitos individuais vinculados às relações jurídicas que se formam na cadeia da produção e consumo em massa de bens e serviços”*, ou direitos individuais homogêneos. Ainda, acidentes regulatórios e outros eventos têm o potencial de prejudicar simultaneamente e de maneira assemelhada milhões de pessoas.

De fato, pesquisa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), realizada em 2013, demonstrou que nos Juizados Especiais Cíveis dos três estados da federação abrangidos na amostragem (Rio de Janeiro, Ceará e Amapá) prevalecem ações envolvendo relações consumeristas,⁵⁴¹ sendo que *“nos estados do Rio de Janeiro e do Ceará a ênfase recai(a) sobre as relações entre clientes e prestadores de serviços de telecomunicações, de energia elétrica, e do sistema financeiro”*⁵⁴² - vale dizer, serviços de escala - enquanto que no Amapá intensificam-

⁵³⁹ RODRIGUES, Ruy Zoch. **Ações Repetitivas**: casos de antecipação de tutela sem o requisito de urgência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 30-38.

⁵⁴⁰ Ibidem, p. 31.

⁵⁴¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Diagnóstico sobre os Juizados Especiais Cíveis**: Relatório de Pesquisa. Brasília, 2013. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/poder-judiciario/Diagnostico_sobre_Juizados%20verso%20chamada%20pblica.pdf>. Acesso em 24 de maio de 2014, p. 18.

⁵⁴² Ibidem, p. 19.

se as relacionadas ao comércio de varejo⁵⁴³. Lembre-se que em 42,37% dos casos o pedido é procedente, com concessão de indenização⁵⁴⁴, cujo valor deverá ser judicialmente atribuído.

Confirma-se a intuição de que perante o Judiciário, e principalmente nos Juizados Especiais Cíveis abrangidos pela pesquisa, tramita um expressivo número de demandas repetitivas que, envolvendo universos amplos de requerentes homogêneos, exigem o processamento de informações e cálculos para quantificar danos, morais⁵⁴⁵ ou materiais não aferíveis de plano. Tais demandas guardam uniformidade ou similitude entre si, tendo por objeto lesões assemelhadas, seja pela origem comum a bem ou serviço de escala, seja pela repetitividade - a causa de pedir tem contornos muito semelhantes, o que favorece o agrupamento estatístico.⁵⁴⁶

Adicionalmente, tais pretensões podem, ainda, se dirigir reiteradamente contra o mesmo requerido, o que amplia a similaridade, ante a estabilidade de um dos fatores a considerar para a fixação judicial do dano, qual seja o da *capacidade econômica do ofensor* - o dano moral deve ser estabelecido em suficiência para a sua punição.

Em tais litígios, uma vez que o juiz delibere pela procedência da indenização tendo por comprovado o ato ilícito, o prejuízo e a relação de causalidade (*si debeat*), pode ser social e individualmente preferível que mensure os danos (*quantum debeat*) de forma *menos precisa*, através de tabelas de danos médios, estabelecidas estatisticamente com base no repertório dos casos idênticos já julgados. Note-se que serão integralmente obedecidas todas variáveis jurídicas usualmente adotadas pela lei e jurisprudência relativamente à matéria.

⁵⁴³ “No estado do Amapá, em 63,46% dos autos o requerido é constituído por pessoa física. Uma hipótese possível é a da proeminência das relações de consumo no varejo e daqueles que trabalham de maneira informal, não constituindo 'pessoa jurídica' nas relações consumeristas”, (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Diagnóstico sobre os Juizados Especiais Cíveis**: Relatório de Pesquisa. Brasília, 2013. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/poder-judiciario/Diagnostico_sobre_Juizados%20verso%20chamada%20pblica.pdf>. Acesso em 24 de maio de 2014, p. 22).

⁵⁴⁴ Ver BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Diagnóstico sobre os Juizados Especiais Cíveis**: Relatório de Pesquisa. Brasília, 2013. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/poder-judiciario/Diagnostico_sobre_Juizados%20verso%20chamada%20pblica.pdf>. Acesso em 24 de maio de 2014. Tabela 16: Teor da Sentença, p. 23. No Rio de Janeiro, 29,21% das sentenças homologa o acordo, ao passo que 42,37% (ou seja, 36,58% mais 5,79%) são de procedência.

⁵⁴⁵ O Código Civil anterior (de 1916) estabelecia hipóteses de dano moral, com indenização prefixada, calculada sobre o valor da multa criminal. A partir de 1988, a CF estabeleceu que “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem” (o art. 5, inciso V), e que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (art. 5, inciso X). O Código Civil de 2002, em seu art. 186, prevê: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” - o que gera o dever de indenizar.

⁵⁴⁶ A similaridade é aqui destacada por viabilizar o agrupamento estatístico, ainda que em diversas “faixas”, a escolha de amostras e a fixação de danos médios. Pode haver ou não coincidência com o conceito legal de homogeneidade no âmbito do direito do consumidor (Art. 81, Parágrafo único, III, do Código de Defesa do Consumidor).

Patamares de danos médios podem ser calculados através do julgamento, bastante preciso, de uma fração do acervo de processos similares (processos-amostra), aplicando-se aos litígios remanescentes os resultados.

Ilustrando o procedimento sugerido, convém evocar o episódio dos trabalhadores expostos à toxicidade do amianto,⁵⁴⁷ ocorrido nos Estados Unidos na década de 40, que gerou mais de 730.000 processos, desafiando os serviços judiciais americanos, incapazes de apreciá-los em tempo razoável. O *Juiz Federal Robert Parker* (Cimino v. Raymark Indus. Inc), do Distrito do Leste do Texas, que presidiu 5.000⁵⁴⁸ destes processos, antecipando a impossibilidade do Poder Judiciário de decidir em tempo razoável milhares de demandas, deliberou estipular danos médios, cujos valores foram obtidos por amostragem.

Para tanto, selecionou 169 processos-amostra, relativamente aos quais dimensionou o montante dos danos com extrema precisão, em julgamento, perante o tribunal do júri, que durou 133 dias. Foram ouvidas centenas de testemunhas e peritos e processados milhares de documentos. “*Se encerrar 169 casos for a conquista de todo este esforço, então ocorreu um erro e não mais se repetirá*”, declarou o juiz.⁵⁴⁹ A cada uma dessas cinco categorias foi atribuído determinado valor médio de indenização, uma das quais resultando em liquidação negativa, com valor zero, ou nada a receber. O método propiciou a resolução, de forma estatística, de todos os demais processos.

É verdade que este resultado não prevaleceu. Por força de apelação da empresa requerida, os julgamentos foram anulados por falta de apuração individualizada, tendo sido concebido o devido processo legal em sua dimensão estritamente individual, desconsiderada a colisão com outros direitos constitucionais, derivada inclusive das características próprias da litigiosidade de massa.

A doutrina, porém, longe de abandonar a ideia, tem debatido e buscado aperfeiçoar o procedimento.⁵⁵⁰ Ademais, a prática forense registra outros casos que trilharam rumos

⁵⁴⁷ Maior e mais custoso episódio (ainda em andamento) de litigiosidade de massa dos Estados Unidos, a exposição ocupacional ao amianto, no período de 1940 a 1979, pode ter causado mais de 225.000 mortes prematuras, além de outros danos à saúde. Após 1973, com a decisão no caso *Fibreboard v. Borel*, companhias empregadoras foram julgadas responsáveis, e mais de 6.000 empresas, em 75 diferentes setores, já foram acionadas. Estima-se que mais de 54 bilhões de dólares foram gastos em litígios, mais da metade do valor absorvido em custos processuais. Estima-se que ainda serão ajuizadas de 1,2 a 3 milhões de demandas, ao custo de 200 a 265 bilhões de dólares, sem perspectiva de que sejam realizados os objetivos do direito (compensação das vítimas e provisão de justiça corretiva e preventiva). COOTER, Robert D.; RUBINFELD, Daniel L. **Economic Analysis of the Legal Disputes and Their Resolution**. Journal of Economic Literatures. Vol. 27, nº 3, 1989, p. 366-367.

⁵⁴⁸ A literatura traz variações dessa quantidade e as ações ainda prosseguem sendo ajuizadas.

⁵⁴⁹ LAHAV, Alexandra D. **Bellwether Trials**. The George Washington Law Review, v. 76, p. 576-638, 2008, p. 636... Cimino v. Raymark Indus., inc., 751 F. Supp. 648, 653 (E.D. Tex. 1990), rev'd, 151 F.3d 297 (5th Cir. 1998)

⁵⁵⁰ Ver, por exemplo, modelo de FRIEDMAN, More. **Justice for Less Money**. Journal of Law and Economics. Vol. 39, No. 1 (Apr., 1996), pp. 211-240. Disponível em

semelhantes: o caso *World Trade Center* teve 41 ações ajuizadas (97% das vítimas e familiares optaram por receber através de procedimento administrativo) e, após julgamentos de processos-amostra promovidos pelo Juiz Alvin K. Hellerstein, 40 dos casos foram solucionados, muitos por força de acordo, uma vez estabelecido o valor de ameaça pelos resultados da amostragem. Também nos USA, o caso *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*,⁵⁵¹ de indenização por discriminação de empregadas, envolve potencialmente 1,6 milhões de mulheres, a desafiar a capacidade das cortes de endereçar jurisdição individualizada a custo e em prazo minimamente razoáveis.

O estabelecimento de danos fixos é usual no direito securitário.⁵⁵² Na área do direito do consumidor, há exemplo emanado do Poder Legislativo Estadual: ao invés de se adotar a forma de *standard*, a Lei Estadual n. 10.323, de 3 de junho de 2014, do Estado da Paraíba, estabeleceu através de *regra* o valor fixo para a indenização por espera em fila bancária, equivalente a 30 UFR/PB - Unidade Fiscal de Referência daquele Estado, vigente na data da ocorrência, por usuário atendido em tempo excedente ao limite máximo de espera, de 20 a 30 minutos. Considerando a UFR/PB em R\$ 38,17 para julho de 2014, o valor resultaria em R\$ 1.145,10.

Não custa lembrar, neste ponto, que países vêm adotando soluções processuais que claramente implicam em *grande redução de precisão* em prol de definições ultra céleres de Direitos, ainda que provisórias, mas exigíveis coercitivamente, a fim de evitar o perecimento de direitos, ou mesmo a inviabilidade de mercados, que adviria da falta de imediato cumprimento. Nessa linha, o *United Kingdom's Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996* (ou "*Housing Grants Act*") foi seguido de legislação similar na Austrália, Nova Zelândia, Singapura, Malásia (*Construction industry Payment and Adjudication Act 2012*) e Irlanda (*Construction Contracts Act 2013*).⁵⁵³ O *Housing Grants Act*, aprovado depois de intensa discussão no parlamento britânico, introduziu regime no qual qualquer parte de contrato de construção, setor vulnerável a atrasos de cumprimento contratual

<<http://www.jstor.org/discover/10.2307/725774?uid=2&uid=4&sid=21106419595221>>. Acesso em 19 de abril 2015.

⁵⁵¹ LAHAV, Alexandra D. **Bellwether Trials**. The George Washington Law Review, v. 76, p. 576-638, 2008. O caso envolve discriminação contra mulheres promoções, pagamentos e atribuições de trabalho em violação ao parágrafo VII do Ato dos Direitos Cíveis de 1964. O processo inclui todas as mulheres que trabalhem ou tenham trabalhado previamente em uma loja do Wal-Mart desde 26 de dezembro de 1998 - cerca de 1,6 milhões de empregadas. Em 2004, a jornalista Liza Featherstone publicou, a respeito, *Selling Women Short: The Landmark Battle for Workers' Rights at Wal-Mart*.

⁵⁵² CC, "Art. 757 . O segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou coisa, contra riscos predeterminados."

⁵⁵³ REECE, Rupert; PETER, Natasha. **Enforcing Adjudication Decisions**. RDAI/IBW, N°5, 2013, p. 403-419, p. 403.

e em especial de repasse pontual de pagamentos, tem o direito de requerer que, *no prazo máximo de 28 dias*, o adjudicador administrativo chegue a alguma decisão sobre o litígio:

“ (...) dando as partes um meio de obter uma decisão ‘tosca porém pronta’ (‘rough and ready’) sobre o que deve ser pago no advento da disputa, juntamente com um mecanismo para obter este pagamento provisório e imediato”⁵⁵⁴. Nesses casos, “o valor da adjudicação é diretamente dependente da habilidade das partes de fazer cumprir qualquer decisão que obtiverem, a baixo custo e muito rapidamente”⁵⁵⁵

Ainda que posteriormente litígio venha a ser ajuizado se contendores não aceitarem a solução administrativa coativamente aplicada. Neste contexto, sobrepondo-se a necessidade de estabelecer decisão instantânea a regular a relação jurídica com a provisão imediata de fluxo de caixa, a Corte de Apelação da Inglaterra, em 2000, confirmou que a definição dada pelo adjudicador prevaleceria e seria coativamente cumprida, ainda quando incontroverso que ele teria se enganado, negligenciando que deveria ter deduzido retenção das somas a pagar (*Bouygues Ltd v. Dahi-Jensen Ltd.*).

Percebe-se, portanto que, diante da colisão entre a jurisdição precisa, fruto do devido processo legal, e outros valores antagônicos, novos arranjos são desenhados, na busca de restaurar a viabilidade da concepção do processo judicial como veículo de solução real de litígios - sem olvidar os benefícios de coordenação advindos da melhoria do grau de precisão judicial, objetivo sempre presente no horizonte do operador e pesquisador do Direito.

Voltando ao “*trial sampling*”, é exigível que certos pressupostos sejam estritamente observados. Deve haver uma amostragem suficientemente ampla de processos acuradamente instruídos e julgados, que será calculada e manipulada com rigor estatístico, extraída dentre casos radicalmente semelhantes. Afirmada com rigor a homogeneidade que permita o agrupamento estatístico segundo critérios jurídicos, e acuradamente fixados os critérios de julgamento, o juiz, o júri ou os advogados participantes poderão utilizar os vereditos precedentes como base para solução dos casos remanescentes, com base nas variáveis jurídicas que foram consideradas relevantes. O processo poderá ser bipartido em fases, somente uma delas resolvida por amostragem - a fase de apuração da responsabilidade será instruída e julgada de forma tradicional, ainda que em ação coletiva, e a fase de mensuração dos danos pode ser resolvida através do tratamento rigoroso das amostras. Os resultados precedentes poderão ser separados conforme uma gama de variáveis estabelecidas, ordenadas segundo os critérios

⁵⁵⁴ REECE, Rupert; PETER, Natasha. **Enforcing Adjudication Decisions**. RDAI/IBW, N°5, 2013, p. 403-419, p. 417

⁵⁵⁵ Ibidem.

jurídicos tradicionais de fixação de danos, ou os externados nas decisões exemplo, sendo aproveitados pelos requerentes remanescentes, desde que apresentem tipicidade (homogeneidade) e probabilidade de solução equivalente.

Nada impede que, utilizada a média estatística como base, fatores particulares discriminantes - idade, nível de renda etc. - sejam considerados para minorar ou majorar, no caso concreto, o valor médio parametrizado, desde que efetivamente constituam discriminantes jurídicos, mantendo-se assim íntegra a complexidade do direito. É possível, mais do que isso, assegurar que autores optem pelo cálculo individualizado dos danos.

1.2 A controvérsia na fixação do valor dos danos

Proceder detalhada instrução probatória para aferir o quantum exato dos danos, no seio de processos repetitivos em que está afirmada a responsabilidade civil, significa discutir o acréscimo ou o decréscimo de diferenças pecuniárias. A contenda poderá girar em torno de detalhes monetários de pequena magnitude e, como visto, será subsidiada pelo Estado - e enquanto uma das partes busca alongar a disputa, eventualmente ocultando razões protelatórias, a colaborar para o descrédito do sistema judiciário, outros milhares de processos esperam na fila, e tantas partes se vêm obrigadas a fazer frente aos prejuízos e custos da demora.

D'Agostini, Pereira e Domingues⁵⁵⁶ procederam análise estatística das sentenças de telefonia no âmbito dos Juizados Especiais a partir de dados do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR). Processaram 589 amostras envolvendo a empresa Brasil Telecom no ano de 2011, englobando a totalidade das causas de pedir, chegando aos seguintes valores pecuniários médios das sentenças em casos de telefonia:

- a) 16,58% dos processos apresentam-se na faixa de preços entre R\$ 3.500,00 a R\$ 4.000,00;
- b) 16,08% dos processos apresentam-se na faixa de preços entre R\$ 4.500,00 a R\$ 5.000,00;
- c) 16,08% dos processos apresentam-se na faixa de preços entre R\$ 5.500,00 a R\$ 6.000,00;
- d) 12,06% dos processos apresentam-se na faixa de preços entre R\$ 2.500,00 a R\$ 3.000,00;
- e) 7,04% dos processos apresentam-se na faixa de preços entre R\$ 1.500,00 a R\$ 2.000,00;
- f) 6,53% dos processos apresentam-se na faixa de preços entre R\$ 7.500,00 a R\$ 8.000,00;
- g) 5,53% dos processos apresentam-se na faixa de preços entre R\$ 6.500,00 a R\$ 7.000,00;
- h) Demais faixas de preços de processos apresentam-se com frequência inferior a 5%.

⁵⁵⁶ DOMINGUES, Victor H. Quanto vale a causa? Uma análise estatística das sentenças de telefonia no âmbito dos juizados especiais. **XVII Annual Conference, Latin American and Iberian Law and Economics Association**, Rio de Janeiro, 17-18/jun/2013.

Quanto à concentração, 48,74% dos processos estão na faixa de preços entre R\$ 3.500,00 a R\$6.000,00; 60,80% dos processos estão na faixa de preços entre R\$2.500,00 a R\$ 6.000,00 e, por fim, como relevância na amostra, 86,93% dos processos contém preços inferiores a R\$ 7.000,00.

Prosseguindo, os autores traçaram a ‘*Caixa de Wisker*’, concluindo ser “*normal, do tipo unimodal Gaussiana, simétrica, de afunilamento médio, com pequeno desvio desprezível à esquerda*”, significando que os valores das condenações judiciais nos casos de telefonia, consideradas todas as 24 diferentes causas de pedir,⁵⁵⁷ não apresentam acentuada dispersão, a saber:

- a) 68% dos preços dos processos encontram-se a uma distância da média de preços inferior a um desvio padrão. Isto significa que 68% dos processos têm preços no intervalo de R\$ 2.816,66 a R\$ 7.079,42.
- b) 95% dos valores encontram-se a uma distância da média de preços inferior a duas vezes o desvio padrão. Isto significa que 95% dos processos tem preços no intervalo de R\$ 685,28 a R\$ 9.210,80.

Naturalmente, se fossem discriminadas as diferentes causas de pedir, assim como outras variáveis importantes dos processos, a dispersão de resultados poderia ser drasticamente reduzida. O fato é que, independentemente da causa de pedir, ao se falar de ações indenizatórias envolvendo serviço de telefonia nos Juizados Cíveis do Paraná, está-se tratando de um universo de demandas que resultam, em sua maioria (68%), entre R\$ 2.816,66 a R\$ 7.079,42.

Ainda, se a discussão sobre a mensuração dos danos limita-se ao requerente buscar o aumento dos valores e o requerido, a sua redução, apenas determinado percentual dos preços acima apontados compõe a verdadeira matéria litigiosa. Os custos para definição dos *standards* caso a caso serão consideráveis, frente a baixa expressividade econômica da grande maioria das disputas.

Esta relação custo-efetividade poderá ser significativamente otimizada se as soluções jurídicas concretas, desenvolvidas e cristalizadas pela totalidade das decisões judiciais

⁵⁵⁷ D’Agostini, Pereira e Domingues identificam tais causas de pedir, por vezes mais de uma em cada processo: “As que ocorrem com maior frequência (acima de 10%), pela ordem, são: cobrança indevida, 86 casos (21,2%); inscrição indevida OPC, 73 casos (18%), falha na prestação de serviços, 49 casos (12,1%). As causas de pedir que ocorrem com média frequência (entre 3% a 10%), pela ordem, são: call center ineficiente, 35 casos (8,6%); fatura/endereço diverso, 27 casos (6,7%), serviços não solicitados (6,7%), cobrança após cancelamento, 19 casos (4,7%), suspensão imotivada/bloqueio indevido, 18 casos (4,4%); navegação internet, 17 casos (4,3%); fraude, 13 casos (3,4%); ausência de relação jurídica contratual entre partes, 12 casos (3%). As causas de pedir que ocorrem com baixa frequência (menor que 3%), pela ordem, são: provedor internet, ausência de notificação, ambos com 6 casos (1,5% cada), cobrança em dobro e portabilidade, 5 casos cada (1,2%); plano não instalado, 3 casos (0,7%); venda casada, 2 casos (0,5%), eventos esportivos, interceptação e transferência de titular, ambos com 1 caso, (0,2%) cada e; acordo Procon, ligação internacional, troca de código de acesso e cobranças de serviços sem ocorrências (0%)”. (DOMINGUES, Victor H. Quanto vale a causa? Uma análise estatística das sentenças de telefonia no âmbito dos juizados especiais. **XVII Annual Conference, Latin American and Iberian Law and Economics Association**, Rio de Janeiro, 17-18/jun/2013)

prévias, submetidas ao teste contínuo da aplicação em situações reais, puderem reverter em proveito para os demais casos futuros, mediante a incorporação de tecnologias de tratamento de informação, como a estatística.

Individualizada precisão para quantificar danos em processos hegemônicos e de pequeno valor irá conjugar prejuízo social com reduzido ganho individual, sendo, com justiça,⁵⁵⁸ substituível pela aplicação de valores médios, baseados na expressividade econômica de miríade de casos anteriores, evitando o custoso reinventar contínuo da roda.

Variáveis fáticas e jurídicas serão estabelecidas com base no passado histórico de pronunciamentos judiciais. Se a questão de fundo, apesar de hegemônica, apresentar peculiaridades diversas, decorrentes da situação particular de alguns litigantes, a gerar valores extraordinariamente altos ou diminutos, ainda assim que se parta do *valor médio* estabelecido, acrescido ou decrescido da parcela específica ao evento diferenciador, limitada a discussão, então, a este ponto. Dessa forma, o pouco que uma das partes eventualmente possa perder em precisão é amplamente compensado pelo ganho de todos, inclusive da própria parte, em economia e rapidez.

Para as causas singelas, a solução tem amparo na regra constitucional (*“procedimentos oral e sumaríssimo”*) que determina o formato dos Juizados Especiais, desenhado para oferecer solução célere, embora menos precisa. Decisões dos Superior Tribunal de Justiça já apontam valores médios tidos por razoáveis, inserindo como conteúdo da jurisprudência reiterada a dimensão monetária, podendo os Tribunais estabelecer valores médios em seus enunciados, que nada mais serão para além da sinalização de provimentos judiciais reiterados. Em último caso, nada obsta que reforma legal pontual seja estudada, com o que resultará solvido o conflito de interesses constitucionais subjacente.

A diferença de pequeno percentual entre os valores passíveis de fixação judicial não justificaria, sequer sob o ponto de vista privado dos litigantes, o atraso na prestação jurisdicional e o gasto social em maior precisão - um deles provavelmente arrastado, pelo abuso do direito de defesa do outro, a uma delongada disputa.

⁵⁵⁸ Descarta-se a falsa noção de que eficiência e justiça são valores incompatíveis. Ao contrário, a solução mais eficiente encontra acentuadas chances de se identificar com a mais justa, quando menos porque a decisão flagrantemente injusta tem menores condições de perdurar no tempo, e a solução ineficiente irá repercutir em injustiça, em algum nível da realidade. Ainda, as ciências econômicas, além de contemplar como bens ou utilidades valores constitucionais relacionados ao justo, oferecem instrumental analítico para favorecer que decisões fundadas em determinado critério de justiça redundem em menor ineficiência, se comparadas às decisões não orientadas por este instrumental.

1.3 Julgamento por amostragem (*trial sampling*)

Questões envolvendo crescentes lides regulatórias, relações jurídicas que têm por objeto bens e serviços produzidos em escala, assim como interesses transindividuais e coletivos, por envolver lesões que naturalmente afetam grandes grupos de litigantes, não dispõem, no Brasil e internacionalmente, de um sistema processual que lhes dê vazão. Alguns exemplos podem demonstrar como, contraintuitivamente, a redução da precisão individual pode, em determinadas situações, conduzir ao aumento de precisão para a maioria dos casos, além de celeridade, menor custo, redução do congestionamento e impacto positivo na litigiosidade geral.

Nesta conjuntura, convém intensificar debate sobre a adoção de propostas que possibilitem a adaptação de instrumentos processuais a litígios em escala, principalmente no que refere à quantificação de danos, matéria que pode se beneficiar da colaboração da estatística - solução que, se aplicada de forma cuidadosa, pode assegurar, a um só tempo, precisão geral e novo fôlego na dicção jurisdicional, conforme trabalhos de *Bone*,⁵⁵⁹ e de *Saks e Blanck*.⁵⁶⁰

Saks e Blanck, assim como *Cheng*,⁵⁶¹ destacam que o julgamento por amostragem não seria, para tais casos, a segunda melhor solução (*second best*)⁵⁶². Opostamente, dadas as condições ajustadas, uma das quais a existência de expressivo número de atingidos compondo um grupo homogêneo, seria mesmo a opção preferencial (*first best*), produzindo até mesmo resultados individualmente mais acurados do que a jurisdição individualizada, confinada em seus próprios limites de fatos revelados e possíveis erros, e reduzindo drasticamente os custos e o tempo do julgamento. Dessa forma, contingências específicas aos casos individuais, como dificuldades da parte, variação de entendimento entre diversos julgadores, erros judiciais ou do advogado, ou mesmo tendências não declaradas (ideológicas ou preconceito), passam a ter menor impacto nos resultados.

*Lahav*⁵⁶³ destaca o princípio constitucional da isonomia, a igualdade dos resultados jurisdicionais aos diversos postulantes sendo atributo da fixação de danos coletivos por amostragem. A autora, assim, transpõe a usual apresentação do tema em termos de autonomia

⁵⁵⁹ BONE, Robert G. **Statistical adjudication:** rights, justice and utility in a world of process scarcity. *Vanderbilt Law Review*, vol. 46, n. 3, 1993, pp. 561-664.

⁵⁶⁰ SAKS, Michael J.; BLANCK, Peter D. **Justice improved:** The Unrecognized Benefits of Affregation and Sampliing in the Trial of Mass Torts. *Stanford Law Review*, v. 44, p. 833-841, 1992.

⁵⁶¹ CHENG, Edward K. When **10 Trials are Better than 1000:** an Evidentiary Perspective on Trial Sampling. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 160, n. 4, p 955-965, March 2012.

⁵⁶² LIPSEY, R. G.; LANCASTER, Kelvin. **The General Theory of Second Best.** *Review of Economic Studies*, v. 24, n. 1, p. 11-32, 1956-57, 1956.

⁵⁶³ LAHAV, Alexandra D. **Bellwether Trials.** *The George Washington Law Review*, v. 76, p. 576-638, 2008

individual versus eficiência coletiva. O procedimento indicado, que *Lahav* denomina *bellwether trial*,⁵⁶⁴ destina-se a mensurar danos quando há expressivo número de atingidos por um mesmo fato, e, a par de viabilizar julgamentos de outra forma inatingíveis pelo sistema judicial, reduz a aleatoriedade entre as diversas decisões, providência isonômica.

A informação derivada da repetição de casos seria compartilhada entre todos os do grupo, compartilhamento que possibilitaria o aproveitamento de externalidades positivas⁵⁶⁵ - a coordenação promovida pelo Poder Judiciário tornaria as informações de casos precedentes bem público.

Como objeções ao julgamento estatístico, alega-se falta de precisão para apuração da situação individual diante de heterogeneidade de situações, além de lesão à garantia do devido processo legal.⁵⁶⁶ Tais objeções devem ser encaradas mais como desafio do que como impedimento à discussão sobre o nível individual de precisão que o sistema processual irá adotar, sendo certo que não existe qualquer direito fundamental ilimitado, sujeitos todos eles à restrição advinda de entrechoques com outros valores - como não seria absoluto ou incondicionado o direito ao devido processo legal, plenamente exercitável com diferentes contornos, como o demonstra o art. 285-A, do CPC.⁵⁶⁷ Este, aliás, é justamente o efeito da sedimentação jurisprudencial, que restringe a articulação de argumentos individuais - sem que tal implique em mácula ao devido processo legal.

Convém observar que o grau de precisão na adjudicação não é percebido individualmente para cada autor, mas sim adequado às '*identificações*' detectáveis em grupos estatisticamente homogêneos. Dessa forma, transcende-se a visão personalíssima do processo, para que se encare a litigiosidade como fenômeno global, reconhecendo-se que julgamentos que afetam grandes grupos de prejudicados exigem distintos meios de equação. Estão além da capacidade de apreciação individualizada das cortes, paralisadas por casos que se multiplicam,

⁵⁶⁴ Bellwether, no inglês, é a ovelha que conduz o rebanho com um sino atado ao pescoço.

⁵⁶⁵ A informação compartilhada terá menor custo de produção marginal, comungando ao menos uma das características de bem público mediante a coordenação do juiz, pois "a não-rivalidade ou não-exclusividade do uso significa que o consumo por parte de um indivíduo não impede ou interfere de forma relevante, o consumo por outro. Nestes termos, o seu acesso por parte de mais um utilizador não importa qualquer custo marginal; por outras palavras, o benefício marginal é positivo mas o custo marginal é zero". (FREIRE, Paula Vaz. Nota 2, p. 3756. Cita a autora Musgrave, R. & Musgrave, P. (1980), pp. 42-49; Frank, R. (1997), pp. 577-578, pp. 618-621; Stiglitz, J. (1999), pp. 128-130; Araújo, F. (2005), pp. 579-585. ***

⁵⁶⁶ LAHAV, Alexandra D. **Bellwether Trials**. The George Washington Law Review, v. 76, p. 576-638, 2008, p. 604-634, debate sobre as objeções apontadas.

⁵⁶⁷ Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

enquanto agentes econômicos se aproveitam estrategicamente dessa deficiência processual que gera justamente a oportunidade de amplos ganhos derivados de pequenas lesões a vasta quantidade de particulares, impedindo a geração sistêmica de risco jurídico suficiente a forçar a obediência espontânea da lei.

A jurisdição segue cumprindo seus efeitos sociais esperados, anteriormente mencionados - prover informações socialmente valiosas, dissuadir comportamentos ilícitos sem inibir atividades lícitas, compensar as vítimas. Agrega-se força e espaço para a apropriação social dos benefícios do *enforcement* privado, com destaque para o desenvolvimento do direito em áreas sublitigadas, como o direito da concorrência e do consumidor e a recuperação patrimonial de valores públicos apropriados em virtude de corrupção.

Ampliada a probabilidade de revelação de fatos, reduz-se a margem de incompetência judicial e o oportunismo e a manipulação das regras de alocação do ônus da prova. A litigiosidade temerária será coibida na primeira fase do procedimento, quando é acuradamente fixada a responsabilidade perante determinado postulante, individualmente.

Procedimentos são fatores de mudança social tanto quanto o é o direito substancial, e a apuração coletiva permite o aprimoramento regulatório e a adoção de políticas públicas favoráveis ao bem social, com incremento do sistema legal. O ingresso de demandas não será tão intensamente visto como um problema a ser desencorajado, tornando possível que se forneçam incentivos para o ajuizamento de demandas pouco litigadas ou que afetem grandes grupos da população, conduzindo a profundas alterações no nível de prevenção e nas políticas públicas.

O exemplo apresentado demonstra como os ganhos derivados da precisão judicial variam conforme o contexto, sendo lícito supor que sociedade possa optar legitimamente por redefinir ou melhor dimensionar a quantidade de devido processo à expressividade da causa e deixar de subsidiar ampla precisão individual, redesenhando os contornos e a intensidade das garantias constitucionais das partes envolvidas e da coletividade, considerados os conflitos de direitos fundamentais gerados pela finitude dos recursos.

Como conclusão da *aplicação* da teoria econômica da precisão judicial, tem-se por imperativo refletir sobre os reais custos e perdas de eficiência decorrentes do modelo processual ora adotado, e em particular sobre o grau de precisão judicial quando a homogeneidade de atingidos permita o agrupamento para amostragem quando ausente o impacto da precisão na dissuasão de comportamentos ilícitos. Afinal, como afirmou o Juiz Robert Parker sobre a sua decisão em *Cimino v. Raymark*, “(...) requeridos reclamam quanto a 1% de possibilidade de que

o resultado fosse significantemente diferente. Contudo, requerentes enfrentam um nível de certeza de 100% de que acabarão tendo denegada a efetividade do seu direito de acesso ao Judiciário”.

CONCLUSÃO

Relacionar as ciências jurídicas e as econômicas, nomeadamente no que se refere à produção e avaliação de provas e à apreensão do sentido da lei pelo julgador no contexto da *economia da informação*, dá ensejo a diversos *insights*, ampliando o horizonte de interrogação dos juristas.

Os Poderes do Estado podem ser visualizados como estruturas adaptadas à redução de custos de informação, estando o Judiciário desenhado para processar informações sobre situações de *casos concretos* submetidos ao seu escrutínio nos ditames do devido processo legal. Assim, tribunais vivificam a regra da lei e, interpretando-a, reduzem dúvidas sobre quais seriam as expectativas compartilhadas na comunidade a respeito das regras de convívio.

A jurisdição precisa preservar, na aplicação, os efeitos expressivos de coordenação pretendidos. O grau de precisão da jurisdição aumenta na proporção em que mais e melhores informações são reunidas e processadas pelo julgador, permitindo que fatos relevantes à relação em apreço sejam acessados, e apreendido o conteúdo técnico da lei. Maior precisão visa reduzir falsas procedências e improcedências, ou evitar erros judiciais.

A transformação de informação privada em pública envolve grandes custos, dentre os quais se incluem os de oportunidade e a restrição de direitos contrapostos (como o direito constitucional à privacidade de partes e testemunhas). A sociedade arca de forma preponderante com custos relativos à atuação dos tribunais, e subsidia de forma quase incondicional a estrutura judicial. A escassez de recursos para processar essas informações leva o ordenamento jurídico a realizar opções sobre o quanto de informação será vertida para cada série de casos. O *trade-off* entre a maior qualidade jurisdicional, suas vantagens, e a ampla gama de custos que dela decorre, subjaz valores constitucionais. Em outras palavras, leis processuais alocam custos e disciplinam o *trade-off* que, em última análise, está expresso em princípios constitucionais antagônicos.

Por isso o ordenamento jurídico realiza decisões sobre o volume de informações que será vertido para cada caso, conforme a importância do direito em questão, e com vistas aos custos e benefícios da maior precisão, como a modelagem comportamental. Eficiente grau de precisão - menor informação para casos mais simples - pode possibilitar que mais casos sejam ajuizados, com distribuição otimizada da estrutura do serviço público judicial. Há ganhos

no combate à exaustão e no aproveitamento social das vantagens do *enforcement* privado em áreas pouco desenvolvidas do direito, como no direito concorrencial e anticorrupção⁵⁶⁸

A aplicação da teoria econômica da precisão pode ser exemplificada através da adoção de valores médios para fixação judicial de perdas e danos nos casos homogêneos, nos quais a alta precisão individual na apuração dos danos não trará benefícios adicionais.

Por estes motivos, trazer à tona aspectos em torno do grau de precisão judicial desperta a consciência sobre elementos essenciais à reflexão do problema da litigiosidade no Brasil. Propicia a consideração de limites reais e o reconhecimento da indispensabilidade de escolhas informadas. Estabelece objetivos para a coordenação e o planejamento das atividades judiciais. Permite perceber a coerência das opções legislativas, orientando a aplicação do Direito e as decisões interpretativas. Baliza reformas legislativas futuras e a construção de precedentes, levantando outras questões e problemas antes não apresentados.

Salienta a relevância dos custos, vantagens e limites em torno do grau de precisão com que irá operar o sistema judicial, assim como a importância do estudo da natureza da informação no aprimoramento da tomada de decisão. Aponta o conflito entre utilidades, humanas e sociais, que subjazem aos valores constitucionais, denotando a dimensão de sua fricção diante da realidade da escassez de recursos.

O tema é bom ponto de partida para evidenciar a necessidade de comunhão entre a análise positiva e a normativa - para que sejam aprimoradas a apreensão da realidade (teoria legal positiva) e as prescrições de soluções a adotar (teoria legal normativa), favorecendo a construção de pontes que suprimam as lacunas presentes entre a o *'dever ser'* e as práticas do mundo real. Alguns proclamam ser esta a *"era dos direitos"*⁵⁶⁹; muitos se preocupam com o excesso de litigiosidade - sendo inegável a necessidade de maior coordenação⁵⁷⁰ e alinhamento entre a teoria legal e os problemas concretos da litigiosidade.

⁵⁶⁸ Possível, porém, que o judiciário deva operar em nível sub-ótimo, pois acréscimos em eficiência poderão gerar, circularmente, maior procura pelos jurisdicionados - salvo se práticas oportunistas possam ser erradicadas pela adoção de medidas como a geração de risco jurídico a induzir *compliance*, a filtragem coordenada do acesso ao Judiciário, a estabilização jurisprudencial que incremente a certeza jurídica, etc

⁵⁶⁹ A expressão alude a obra de BOBBIO, Norberto. **Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

⁵⁷⁰ STF e Tribunais Superiores exercem coordenação aos demais magistrados integrantes do Poder Judiciário, através da interpretação que conferem à CF e à legislação infraconstitucional. O CNJ exerce coordenação administrativa e financeira do Poder Judiciário, buscando a sua eficiência e funcionamento orgânico, na forma da CF, art. 103-B, § 4º, e seus incisos ("Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe... VI - elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário; VII - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa).

Como o tema está sendo apresentado introdutoriamente, futuros estudos merecem ser desenvolvidos e algumas das ideias lançadas, testadas e aprofundadas. Assim, apenas para instigar, caberia se debruçar sobre a relação entre precisão da decisão judicial e os ônus da prova e sistematizar e calcular os custos judiciais obter informações, projetados os avanços tecnológicos - como os meios para obter informação na área escura da Internet (*deep web* ou *darknets*). Necessário elaborar critérios sofisticados que possam determinar o incremento ou a redução do grau de precisão da decisão judicial, insuficiente a menção ao valor da causa ou à importância do direito em litígio. Também, desenvolver as necessárias pesquisas empíricas, lembrando-se que detalhes sutis são por vezes determinantes, e sistematizar estratégias de coordenação judicial e disciplinamento de temas como o acesso à jurisdição e o incentivo à litigiosidade privada. A análise econômica do Direito Constitucional está a merecer aprofundamento, especialmente no que se refere aos conflitos de Direitos Constitucionais subjacentes ao tema - os direitos constitucionais que, dizendo respeito à informação e ao litígio, se restringem mutuamente em colisão. Ainda, aperfeiçoar mecanismos de análise de custo-benefício aplicáveis ao direito processual, no que se refere ao grau de precisão.

Levando em conta os custos e benefícios que rondam o grau de precisão da decisão judicial, espera-se que novas indagações sejam formuladas e novas respostas exsurjam, no que pertine à reação estatal à conflituosidade. A reflexão proposta consistirá em um contributo que, se bem recebido pela comunidade jurídica, poderá colaborar para o desenho de fórmulas legais probatórias (produção de novas leis), norteando a interpretação judicial (produção de nova jurisprudência) e a construção doutrinária de soluções universalizáveis, no sentido da sustentabilidade dos serviços públicos de resolução do litígio.

REFERÊNCIAS

ACKROYD, Peter. **Foundation**: the history of England from its earliest beginnings to the Tudor. V. 1. Thomas Dunne Books: Nova Iorque, 2011.

AFFONSO, Iago Ricardo [et al]. **Os regimes internacionais de combate aos paraísos fiscais**: uma análise crítica. *Justiça Enquanto Responsabilidade*, v. 4, p. 127-158. Disponível em <<http://sinus.org.br/2014/wp-content/uploads/2013/11/FMI.pdf>>. Acesso em 9 de junho de 2014.

AKERLOF, George A. **The market for 'lemons': quality uncertainty and the market mechanism**. *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 84, nº. 3, Aug/1970, pp. 488-500. Oxford University Press. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/1879431>>. Acesso em 18 de maio de 2015.

ALDRIDGE, Judith; DÉCARY-HÉTU, David. **Not an 'Ebay for Drugs'**: The Cryptomarket 'Silk Road' as a Paradigm Shifting Criminal Innovation. 2014. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=2436643>>. Acesso em 10 de maio de 2015.

ALEXY, Robert. **Justicia como Corrección**. *Cadernos de Filosofía del Derecho DOXA* n. 26, Alicante: Espagrac Edición Eletrónica, 2003.

ALIOTTA, Marialuisa. **High vs. low impact-factor journals**: what difference does it make to your writing style? *Academic Life*, Edinburgh. Disponível em <<https://marialuisaaliotta.wordpress.com/2012/07/16/high-vs-low-impact-factor-journals-what-difference-does-it-make-to-your-writing-style/>>. Acesso em 10 de maio de 2015.

ALLEN, Beth. **Information as an Economic Commodity**. *American Economic Review*, n. 80, v. 2, pp. 268–273, 1990.

_____. **Transaction costs**. 1999. Disponível em <<http://www2.bren.ucsb.edu/~glibecap/Allentranscosts.pdf>>. Acesso em 27 de novembro de 2014.

ANANT, T.C.A.; SINGH, Jaivir. **An economic analysis of judicial activism**. *Economic And Political Weekly*, v. 37, n. 43, 2002, p. 4436. Disponível em <<http://www.epw.in/special-articles/economic-analysis-judicial-activism.html>>. Acesso em 10 de maio de 2015, p. 4435.

ARAÚJO, Fernando. **A retórica da economia**: os desafios de McCloskey. *RIDB*, Ano 2, n. 11, p. 11.939-12.032, Lisboa, 2013.

_____. **A tragédia dos baldios e dos anti-baldios**: o problema económico do nível óptimo de apropriação. Coimbra: Almedina, 2008, p. 61-109.

_____. **Análise Económica do Direito**: Programa e Guia de Estudo. Coimbra: Almedina, 2008.

_____. **Palestra A Justificação das Decisões Judiciais**. Seminário Teoria da Decisão Judicial – Conselho da Justiça Federal. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=mbCG2x-XQE8>>. Acesso em 3 de maio de 2015.

_____. **Teoria Econômica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007.

ARNAUD, Andre-Jean. **Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999;

ARROW, Kenneth J. **The economics of information**: an exposition. *Empirica*, v. 23, n. 2, pp. 120–21, 1996;

AUMANN, Robert; BRANDENBURGER, Adam. **Epistemic Conditions for Nash Equilibrium**. *Econometrica*, v. 63, n. 5, p. 1161-1180, set/1995. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/2171725>>. Acesso em 25 de junho de 2014.

AZEVEDO, Paulo F. **Análise Econômica da Defesa da Concorrência**. In.: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas Editora, 2012.

BADARO, Gustavo H.R.I. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 17. (Neste artigo o autor compara o juiz ao historiador).

BAKER, Jonathan B. **The Case for Antitrust Enforcement**. *The Journal of Economic Perspectives*, v. 17, n. 4, 2003, p. 27-50;

BALEEIRO, Aliomar. **Limitações ao Poder de Tributar**. 7a. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

BARBER, Richard. **Private Enforcement of the Antitrust Laws: The Robinson-Patman Experience**. *The George Washington Law Review*, v. 30, p. 181, 1961.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A constituição e as provas ilicitamente adquiridas**. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 205, jul./set. 1996.

_____. **Processo Civil e processo penal: mão e contramão?** In.: *Temas de direito processual: sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001.

BARBOSA, Ana. **Teoria da tributação ótima sobre o consumo**. Dissertação de mestrado apresentada como requisito de obtenção de título. Rio de Janeiro: FGV/EAESP – Departamento de Economia, 1999. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/5455/1199901616.pdf?sequence=1>>. Acesso em 26 de fevereiro de 2015.

BARRETO, Cecília Lima. **Silêncio no STF: Análise da Jurisprudência do Tribunal sobre o “princípio da não produção de provas contra si mesmo” e o “direito ao silêncio”**. 2012. Disponível em <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/202_Cecilia%20Lima.pdf>. Acesso em 19 de maio de 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. 2009. Disponível em <<http://georgemlima.xpg.uol.com.br/barroso.pdf>>. Acesso em 15 de maio de 2015.

BEBCHUK, Lucian A.; KLEMENT, Alon. **Negative Expected-Value Suits**. *Elgar Encyclopedia of Law and Economics*. 2ª. ed, forthcoming, Harvard John M. Olin Center for Law, Economics and Business, The Social Science Research Network Electronic Paper Collection, Discussion Paper n. 656, dez/2009.

BECKER, Gary e STIGLER, George. **Law Enforcement, Malfeasance, and the Compensation of Enforcers**. *Journal of Legal Studies*, v. 3, n. 1, 1974.

BECKER, Gary S. **Crime and Punishment: An Economic Approach**. *Journal of Political Economy*, v. 76, n. 2, p. 169-217, 1968.

BÍBLIA SAGRADA. **Livro de Reis**, capítulo 1, versículo 3. São Paulo: Ave Maria, 1998.

BIDERMAN, Ciro [et al]. **Conversas com economistas brasileiros**. Celso Monteiro Furtado. São Paulo: Editora 34, 1996, p. 43/44 e 65.

BLACK, Max. Vagueness. **An Exercise in Logical Analysis**. *Philosophy of Science*, v. 4, n. 4, p. 427-455, 1937.

BOBBIO, Norberto. **Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Teoria da Norma Jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru, SP: EDIPRO, 2011.

BOND, Philip. **Persistent Court Corruption**. The Economic Journal, Vol. 118, Issue 531, pp. 1333-1353, August 2008. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1227175>>. Acesso em 19 de maio de 2015.

BONE, Robert G. **Statistical adjudication**: rights, justice and utility in a world of process scarcity. Vanderbilt Law Review, vol. 46, n. 3, 1993, pp. 561-664.

BORGES, Jorge Luís. **História Universal da Infâmia**. São Paulo: Globo, 1999. Disponível em <<https://direitasja.files.wordpress.com/2012/04/historia-universal-da-infamia.pdf>>. Acesso em 18 de maio de 2015.

BOTTINI, Pierpaolo; TAMASSUSKAS, Igor. **Nova Lei Anticorrupção vai Estimular Compliance**. Consultor Jurídico, 2013. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-ago-06/direito-defesa-lei-anticorruptao-estimular-compliance>>. Acesso em 18 de maio de 2015.

BOYD, Danah; CRAWFORD, Kate. **Six Provocations for Big Data** 2011. In.: A decade in internet time: symposium on the dynamics of the internet and society. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1926431>>. Acesso em 10 de maio de 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números**: 2013, ano-base 2012. Brasília, 2013. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relatorio_jn2013.pdf>. Acesso em 24 de maio de 2014, p. 305). No ano de 2012 o estoque de processos em tramitação no Brasil somava 92.234.282.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Demandas Repetitivas e a Morosidade na Justiça Cível Brasileira**. Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Pesquisas Judiciárias, Brasília, 2011. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/pesq_sintese_morosidade_dpj.pdf>. Acesso 10/8/2013.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Diagnóstico sobre os juizados especiais cíveis**: relatório de pesquisa. Brasília, 2013. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/poder-judiciario/Diagnostico_sobre_Juizados%20verso%20chamada%20pblica.pdf>. Acesso em 24 de maio de 2014.

_____. **Constituição Federal**. Brasília, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 10 de maio de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 696.717/SE**, Quarta Turma, Brasília, 24 de novembro de 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 7216/SP**. Quinta Turma. Brasília, 8 de abril de 1998.)

_____. Supremo Tribunal Federal. **AI 822804**. Primeira Turma, Brasília, 29 de maio de 2012.)

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 103.118/SP**, Relator Min. Luiz Fux. Brasília, 16 de abril de 2012).

BROOKS, Michael A.; HEIJDR, Ben J.. **An exploration of rent seeking**. The Economic Record, 1989, v. 65, issue 188, p. 32-50.

BRUCE L. Hay; KATHRYN E. Spier. **Burdens of Proof in Civil Litigation**: An Economic Perspective, 26 J. Legal Stud. 413 (1997). Disponível em <<http://dash.harvard.edu/handle/1/12206463>>. Acesso em 15 de maio de 2015.

BUCHANAN, James M. Opportunity cost. In.: **O Novo Palgrave**: Um Dicionário de Economia, v. 3, 1987, p. 718. Disponível em <http://www.dictionaryofeconomics.com/contributor_articles?id=BuchananJamesM&result_number=293>. Acesso em 19 de maio de 2015, p. 718.

BUCKLEY, Franck H; RASMUSEN, Eric B. **The uneasy case for the flat tax**. Constitutional Political Economy, v. 11, p. 295-318, 2000.

BUTT, Daniel. **If the public would be outraged by their rulings, should judges care?** Courts and the Making of Public Policy. The Foundation for Law, Justice and Society. Report, Dez/2007. Disponível em <http://www.fljs.org/sites/www.fljs.org/files/publications/Sunstein_report.pdf>. Acesso em 10 de junho de 2014.

CALABRESI, Guido. **A Broader View of the Cathedral:** the significance of the liability rule, correcting a misapprehension. Law and Contemporary Problems, Vol. 77, 1, nº 2/2014. Disponível em <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4396&context=lcp>>. Acesso em 3 de maio de 2015.

CALABRESI, Guido; MELAMED, A. Douglas. **Property rules, liability rules and inalienability:** one view of the cathedral. Harvard Law Review, v. 85, n. 6, p. 1089-1128, abr/1972.

CALDAS, Filipa L. Análise Económica das Manifestações de Enriquecimento Forçado no Direito Português - A Imposição de Pagamento por Vantagens não Contratadas à Luz de Critérios Jurídicos e Económicos. Partes I e II. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro - RIDB**, ano 2, n. 3, p. 1719-1778, 2013. Disponível em <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_03_01719_01778.pdf>. Acesso em 28/9/2014; e **Revista do Instituto de Direito Brasileiro - RIDB**, ano 2, n. 4, p. 2687-2776, 2013. Disponível em <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_04_02687_02776.pdf>. Acesso em 28/9/2014.

CHENG, Edward K. When **10 Trials are Better than 1000:** an Evidentiary Perspective on Trial Sampling. University of Pennsylvania Law Review, v. 160, n. 4, p. 955-965, March 2012.

CHEUNG, Steven N. S. **Economic organization and transaction costs.** In.: EATWELL, John; MILGATE, Murray; NEWMAN, Peter (edit). The New Palgrave: A Dictionary of Economics. 1ª ed., 1987. Disponível em <http://www.dictionaryofeconomics.com/article?id=pde1987_X000658>. Acesso em 15 de junho de 2014.

CHOI, Stephen J.; GULATI, G. Mitu. **Choosing the next supreme court justice:** an empirical ranking of judge performance. California Law Review, v. 78, n. 23, p. 25-32, 2004.

CHOI, Stephen J; GULATI, Mitu. **A tournament of judges?** California Law Review, v. 92, 2004. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=394700>>. Acesso em 20 de fevereiro de 2015.

COASE, R. H. **The nature of firm.** Economica, New series, v. 4, nº 16, p. 386-405, 1937. Disponível em <<http://www.colorado.edu/ibs/eb/alston/econ4504/readings/The%20Nature%20of%20the%20Firm%20by%20Coase.pdf>>. Acesso em 15 de junho 2014).

COASE, Ronald H. **O problema do custo social.** Trad. Francisco Kümmel F. Alves e Renato Vieira Caovilla. Curitiba: Pontifícia Católica do Paraná (PUCPR). Disponível em <<http://www.pucpr.br/arquivosUpload/5371894291314711916.pdf>>. Acesso em 18 de maio de 2015

COCHRANE, John H. **After the ACA:** freeing the market for health care. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=2213027>>. Acesso em 19 de maio de 2015.

CONTINENTINO Marcelo Casseb. O Problema das Excessivas Citações Doutrinárias no STF. 2012. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-set-15/observatorio-constitucional-problema-citacoes-doutrinaras-stf>>. Acesso em 19 de maio de 2015.

CONVICTION. Fox Searchlight Pictures, USA, 2010, DVD, 106 min.

COOTER, Robert D. **Constitutional Consequentialism:** bargain democracy versus median democracy. Berkeley Law, 2000. Disponível em <http://works.bepress.com/robert_cooter/5>. Acesso em 18 de maio de 2015.

COOTER, Robert D. **The strategic constitution.** Princeton: Princeton University Press, 2000;

COOTER, Robert D.; RUBINFELD, Daniel L. **Economic Analysis of the Legal Disputs and Their Resolution.** Journal of Economic Literatures. Vol. 27, nº 3, 1989, p. 1067-1097.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia.** 5a ed., São Paulo: Bookman, 2010.

CRAIN, Mark W; TOLLISON, Robert D. **Constitutional change in an interest-group perspective**. Journal of Legal Studies, v. 8, 1979, p. 165-176.

CRISTAS, Assunção. **Legística ou a Arte de Bem Fazer Leis** Revista CEJ, n. 33, Brasília, p.78-82, abr./jun.2006, disponível em <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/717/897>> Acesso em 15/6/2014.

CRISTO, Alessandro. **Direito à felicidade eleva os propósitos do STF, não os deprecia**. Conjur, 2014. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-set-07/entrevista-saul-tourinho-leal-advogado-professor-idp>>. Acesso em 22 de junho de 2014.

CURRY, Philip A.; MONGRAIN, Steeve. **Deterrence in rank-order tournaments**. Review of Law & Economics, v. 5, n. 1, p. 723-740, 2009.

DAMASKA, Mirjan. **Truth in adjudication**. Hastings Law Journal, v. 49, Jan 1998.

DENNING, Brannon P. **Empirical measures of judicial performance: thoughts on choi and gulati's tournament of judges**. Florida State University Law Review, vol. 32, p. 1123-1143, 2005.

DHABI, Mandeep. **On Measuring Quantitative Interpretations of Reasonable Doubt**. Journal of Experimental Psychology: Applied, v. 14, n. 4, p. 353-363, Dez/2008.

DOMINGUES, Victor H. Quanto vale a causa? Uma análise estatística das sentenças de telefonia no âmbito dos juizados especiais. **XVII Annual Conference, Latin American and Iberian Law and Economics Association**, Rio de Janeiro, 17-18/jun/2013.

E, KEITH E. Whittington. **The american journal of legal history**. Vol. 44, nº 1, Jan. 2000, pp. 104-106;

EASTERBROOK, Frank H. **The limits of antitrust**. Texas Law Review, v. 63, n. 1, p. 1-40, ago/1984.

ECO, Humberto. **Como se faz uma tese**. 19ª. ed., São Paulo: Ed. Perspectiva, 2005.

EDMOND, Gary; HAMER, David. **Evidence law**. In.: CANE, Peter; KRITZER, Hebert (eds.). The Oxford handbook of empirical legal research. Oxford University Press, 2010.).

EHRILICH, I; POSNER, Richard. **An Economic Analysis of Legal Rulemaking**. The Journal of Legal Studies, v. 3, n. 1, p 257-286, jan/1974.

EMONS, Winand; FLUET, Claude. **Accuracy versus Falsification Costs: The Optimal Amount of Evidence Under Different Procedures**. Forthcoming Journal of Law, Economics and Organization, p. 1-30, Jul/2007.

EUROPEAN COMMISSION. **Antitrust - overview**. Disponível em <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/overview_en.html>. Acesso em 26 de julho de 2014.

FARACO, Alexandre Ditzel; SANTOS, Fernando Muniz. **Análise econômica do direito e possibilidades aplicativas no Brasil**. Revista de Direito Público da Economia. Belo Horizonte, Ano 3, nº 9, p. 27-61, jan/mar 2005, p. 30.

FERNANDES, Abel Costa. **Economia Pública: Eficiência económica e teoria das escolhas colectivas**. 2ª ed., Lisboa: Edições Sílabo.

FERNANDEZ, Leandro. **Metodologia da pesquisa e a análise econômica do direito: fundamentos de uma abordagem consequencialista da investigação jurídica**. Debate Virtual, Unifacs, n. 159, 2013. Disponível em <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2766/2011>>. Acesso em 15 de maio de 2015.

FGV. **Relatório IPCL Brasil, 2013/2014**. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11861/IPCLBrasil_4TRI_2013_1TRI_2014.pdf?sequence=1>. Acesso em 6 de junho de 2014.

FISCHER, Black. **Noise**. *Journal of Finance*, Vol. XLI, n. 3, Julho/1986. Disponível em <http://cruel.org/econthought/profiles/auxfiles/black_86.pdf>. Acesso em 18 de maio de 2015.

FISCHMAN, Joshua. **Measuring inconsistency, indeterminacy, and error in adjudication**. *American Law & Economics Review*, v. 16, p. 40, 2013. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1884651>> Acesso em 20 de fevereiro de 2015.

FOER; Albert; CUNEO, Jonathan (org.). **The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law**. Elgar, 2010. Disponível em <<http://www.elgaronline.com/view/9781848448773.xml>>. Acesso em 1 de maio de 2015.

FREIRE, Paula Vaz. **A produção privada de bens públicos**. RIDB, ano 2, n. 5, p. 3755-3769, 2013. Disponível em <http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/05/2013_05_03755_03769.pdf> Acesso em 18 de maio de 2015, p. 3755.

_____. **O Poder de Compra e as Restrições Verticais Determinadas pela Procura**. In.: *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano II, n. 7/8, Julho/Dezembro 2011, Coimbra, Ed. Almeida, pp. 43-62.

FREITAS, Vladimir. **Há distância entre a segurança da constituição e a aplicada no mundo real**. *Revista Consultor Jurídico*, 2015. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-12/segunda-leitura-distancia-entre-seguranca-constituicao-aplicada>>. Acesso em 12 de abril de 2015.

FREUD, Sigmund. **Formulações sobre os dois princípios de funcionamento mental**. Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro: Imago, 1985, V. XII.

FRIEDMAN, David D. **Law's Order: What Economics Has to Do with Law and Why It Matters**. New Jersey: Princeton University Press, 2000.

FRIEDMAN, More. **Justice for Less Money**. *Journal of Law and Economics*. Vol. 39, No. 1 (Apr., 1996), pp. 211-240. Disponível em <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/725774?uid=2&uid=4&sid=21106419595221>>. Acesso em 19 de abril 2015.

GALA, Paulo. **A Teoria Institucional de Douglass North**. *Revista de Economia Política*, v. 23, n. 2, p. 89-105, abril-junho 2003. Disponível em <<http://www.rep.org.br/pdf/90-6.pdf>>. Acesso em 19 de maio de 2015.

GALBIATI, Roberto; VERTOVA, Pietro. **How laws affect behavior: obligations, incentives and cooperative behavior**. *International Review of Law And Economics*, v. 38, jun/2014, p. 48-57.)

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

GICO JR, Ivo T. **A Tragédia do Judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário**. Tese de Doutorado apresentada para obtenção do título. Departamento de Economia, Programa de Pós-Graduação em Economia, Universidade de Brasília. Brasília, 2012.

GICO JÚNIOR, Ivo. **Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito**. *Economic analysis of law review*, v.1, nº 1, jan./jun. 2010.

GLOVER, J. Maria. **The Structural Role of Private Enforcement Mechanisms in Public Law**. *William & Mary Law Review*, v. 53, n. 4, Art. 3, 2012, p. 1137-1217.

GOULD, John. **The economics of legal conflicts**. *The Journal of Legal Studies*, v. 2, n. 2, p. 279-300. Chicago: The University of Chicago Press, 1973. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/724054>>. Acesso em 24 de junho de 2014.

GREEN, Leslie. **Law and the role of a judge**. *Legal Research Paper Series*, Paper n. 47/2014. University of Oxford, set/2014. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=2495953>>. Acesso em 18 de junho de 2015.

HADFIELD, Gilian K. **Judicial Competence and the Interperetation of Incomplete Contracts**. The Journal of Legal Studies, v. 23, n. 1, p. 159-184, Jan/1994, p. 160.

HARDIM, R. **Hobbesian Political Order**. *Political Theory*, v. 19, n. 2, pp. 156-180, 1991.

HAYEK, Friedrich A. **The use of knowledge in society**. The American Economic Review, v. 35, n. 4, p. 519-530, set/1945. Disponível em <<http://www.econlib.org/cgi-bin/printarticle.pl>>. Acesso em 18 de maio de 2015.

HERZ, Michael. **Do Justice**: Variations of a Thrice-Told Tale. Virginia Law Review, vol. 82, n. 1, p. 111-161, fev 1996.

HO, Andrew Dean [et. Al]. **Harvardx and mitx: the first year of open online courses**. Fall 2012-Summer 2013. January 21, 2014. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=2381263>>. Acesso em 10 de maio de 2015.

HO, H.L. **A philosophy of evidence law: justice in the search for truth**. Oxford monographs on criminal law and justice. New York: Oxford University Press, 2008.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. New York and London: W. M. Norton, 1999.

HÜSCHEL RATH, Kai; PEYER, Sebastian. **Public and Private Enforcement of Competition Law, A Differentiated Approach**. Centre for Competition Policy CPP Working Paper 13-5, University of East Anglia, Norwich, UK, Abril, 2013.

INNOCENCE PROJECT. **About us**. Disponível em <<http://www.innocenceproject.org/about/>>. Acesso em 13/6/2014.

JOHNSON, Kevin R. **Lawyering for social change: what's a lawyer to do?** Michigan Journal of Race & Law, v. 5, 2000, p. 201-229).

KAMENICA, Emir [et al]. **Helping Consumers Know Themselves**. January 17, 2011. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1742505>>. Acesso em 10 de maio de 2015.

KAPLOW, Louis. **Accuracy in adjudication**. The new palgrave dictionary of economics and the law, v.1, p. 1-6, 1998.

_____. **Multistage Adjudication**. Discussion Paper nº. 732, setembro de 2012. Cambridge: Harvard Law Review. Disponível em <http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/Kaplow_732.pdf>. Acesso em 10 de maio de 2015.

_____. **The Theory of Taxation and Public Economics**. Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper Series, Paper 616, 2008. Disponível em <http://lsr.nellco.org/harvard_olin/616>. Acesso em 10 de maio de 2015.

_____. **The value of accuracy in adjudication: an economic analysis**. The Journal of Legal Studies, v. 23, n. 1, jan 1994.

KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. **Economic Analysis of Law**. Harvard Law School, John M. Olin Center for Law, Economics and Business, Discussion Paper No. 251, fev/1999.

KAUFMANN, Rodrigo. **Direitos humanos, direito constitucional e neopragmatismo**. Tese de Doutorado apresentado como requisito de obtenção do título de doutor. Brasília: Universidade de Brasília, 2010, p.24-61.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998;

KHAN ACADEMY. **The Effect of Taxation on the Equilibrium Price and Quantity**. Sem data. Disponível em <<https://www.khanacademy.org/economics-finance-domain/microeconomics/consumer-producer-surplus/deadweight-loss-tutorial/v/taxation-and-dead-weight-loss>>. Acesso em 19 de maio de 2015.

KNIGHT, Frank H. **Risk, Uncertainty, and Profit**. Boston, 1921. Disponível em <<http://oll.libertyfund.org/titles/306>>. Acesso em 19 de maio de 2015.

KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. **Microeconomics**. 3ª ed., New York: Princeton University Press.

LAHAV, Alexandra D. **Bellwether Trials**. The George Washington Law Review, v. 76, p. 576-638, 2008.

LANDES, William; POSNER, Richard. **The independent judiciary in an interest-group perspective**. J. Law & Economics, n. 18, 1975, p. 875).

LANDO, Henrik. **Does Wrongful Conviction Lower Deterrence?** American Law & Economics Association Annual Meetings, paper 59, Bepress Legal Repository, 2005.

LAPORTA, Rafael [et al]. **Judicial Checks and Balances**. NBER Working Paper n. 9775, jun/2003.

LEVITIN, Daniel J. **The Organized Mind: Thinking Straight in the Age of Information Overload**. New York: Dutton, 2014.

LEVY, Marin K. [et al]. **The costs of judging judges by the numbers**. Yale Law & Policy Review, v. 28, n. 2, p. 313-323, 2010. Disponível em <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2260&context=fss_papers>. Acesso em 20 de fevereiro de 2015.

LIPSEY, R. G.; LANCASTER, Kelvin. **The General Theory of Second Best**. Review of Economic Studies, v. 24, n. 1, p. 11-32, 1956-57, 1956.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 140-141.

MANDEL, Igor. **Introduction to sociosystemics: science about the utilizing of social sciences**. Fev/2011. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1764582>>. Acesso em 23 de março de 2015.

MANI, Anandi [et al]. **Poverty Impedes Cognitive Function**. Science 30/8/2014, vol. 341, n. 6149, p. 976-980).

MARTINS FILHO, Ives Gandra. **O CNJ e a Meta 2**. Jornal Correio Brasiliense. Brasília, 28/12/2009. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/enccla/enccla/433-informacoes-para/imprensa/artigos/13353-o-cnj-e-a-meta-2>>. Acesso em 11 de junho 2014.

MAZUR, Maurício. **Controle jurisdicional da ponderação legislativa**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, v. 36, n. 66, p. 159-215, jan./jun., Curitiba, 2011 p. 7.

MCADAMS, Rasmusen. **Handbook of Law and Economics**. Norms and the Law, vol 2, cap 20.

McG. BUNDY, Stephen. **Valuing Accuracy - Filling out the Framework: Comment on Kaplow**. The Journal of Legal Studies, v. 23, n. 1, jan/1994.

McNOLLGAST. **The Political Economy of Law**. Handbook of Law and economics, v. 2, edited by POLINSKY, A. Mitchell; Shavell, Steven. Elsevier, B.V., 2007, pp. 1651-1738. p. 1657.

MELO, João Ozório. **Leis ‘Estranhas’ dos UA Servem de Referências Históricas de Várias Épocas**. Consultor Jurídico, 31/12/2014, disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-31/leis-estranhas-eua-servem-referencias-historicas>>. Acesso em 1 de janeiro de 2015.

MENDES, Edmundo. **Faz sentido impor tributação tão elevada sobre o consumo de energia elétrica?** Instituto Braudel, Brasil, Economia e Governo, 27/12/2012. Disponível em <<http://www.brasil-economia-governo.org.br/wp-content/uploads/2011/07/como-o-gasto-publico-elevado-desequilibra-a-economia-brasileira.pdf>>. Acesso em 26 fevereiro de 2015.

MENDES, M. **Como o gasto público elevado desequilibra a economia brasileira**. 2011. Disponível em <<http://www.brasil-economia-governo.org.br/2011/07/04/como-o-gasto-publico-elevado-desequilibra-a-economia-brasileira/>>. Acesso em 19 de maio de 2015.

MENDES, Marcos. **Controle do gasto público: reformas incrementais, crescimento e estabilidade macroeconômica**. CLP Papers, n. 4, julho/2010. Disponível em <<http://www.clp.org.br/2013/wp-content/uploads/2012/11/CLP-Paper-n%C2%BA4-Mendes.pdf>>. Acesso em 19 de maio de 2015.

Michaelis, **Dicionário Prático inglês-português/português-inglês**. 3a. ed. São Paulo, Ed. Melhoramentos, 1989.

MILLER, Geoffrey. **The compiling function: an overview**. NYU Center for Law, Economics and Organization. Law & Economics Research Paper series nº14-36, nov/2014. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=2527621>>. Acesso em 18 de junho de 2015.

MIRANDA, Augusto Rubens. **Governança: um índice para as unidades federativas brasileiras**. Tese de doutorado apresentada como requisito para obtenção do título. Belo Horizonte, 2012, Disponível em <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8ZSM6J/rubens_miranda.pdf?sequence=1>. Acesso em 19 de maio de 2015.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo IV, Coimbra, Coimbra Editora, 5a. ed., 2012, p. 308-310.

MONICO, João Francisco Galera [et al]. **Precisão e Precisão: revendo os conceitos de forma acurada**. Bol. Ciênc. Geod., Sec. Comunicações Curitiba, v. 15, no 3, p. 469-483, jul-set/2009.

MOON, Alice; CHEN, Serena. **The power to Control Time: Power Influences How Much Time (You Think) You Have**. University of California, Berkeley, Journal of Experimental Social Psychology, 2014.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo e Teoria da Interpretação**. Revista da EMERJ, v. 11, nº 43, 2008, p. 221.

MOREIRA, Egon. **Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999**. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

NEWELL, Bryce Clayton. **Crossing lenses: policing's new visibility and the role of 'smartphone journalism' as a form of freedom-preserving reciprocal surveillance**. Journal of Law, Technology and Policy 59, 2014. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=2376477>>. Acesso em 10 de maio de 2015.

NOBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. **Custos e Benefícios de um Sistema Jurídico baseado em Standards: uma análise econômica da boa-fé objetiva**. Economic Analysis of Law Review, v. 3, n. 2, p. 170-188, dez/2012.

NORTH, Douglass. **Para um país enriquecer**. Revista Veja, 26/11/2003. Disponível em <www.veja.com.br>. Acesso em 27 de agosto de 2014.

_____. **The Economic Growth of the United States 1790-1860**. New Jersey: Prentice-Hall, 1961; NORTH, Douglass. **Institutions, institutional change and economic performance**. (Political Economy of Institutions and Decisions), Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2ª. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 570.

OLIVEIRA, Antonio Claudio Marzi. **Prestação jurisdicional não é produto industrial**. Consultor Jurídico, 24/3/2014. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-mar-24/mariz-oliveira-prestacao-jurisdicional-nao-produto-industrial>>. Acesso em 11 de junho de 2014.

PASCUAL, Gabriel D. **La perniciosa influencia de las retribuciones variables de los jueces sobre el sentido de sus decisiones**. InDret, Vol. 3, 2008. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1370845>>.

P'NG, Ivan P.L. **Optimal Subsidies and Damages in the Presence of Judicial Error**. *International Review of Law and Economics*, v. 6, n. 1, 1986. Acesso em 20 de fevereiro de 2015.

_____. **Strategic Behaviour in Suit, Settlement, and Trial**. *The Bell Journal of Economics*, v. 14, n. 2, p. 539-550, 1983;

_____. **Strategic Behaviour in Suit, Settlement, and Trial**. *The Bell Journal of Economics*, v. 14, n. 2, p. 539-550, 1983 (estabelece modelo para litigiosidade frívola, mediante assimetria informativa de uma das partes, sob o ponto de vista da eficiência privada e com base na teoria dos jogos).

POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. **Foundations of economic analysis of law**. Harvard University Press, 2004, p. 474.

_____. **Imprisonment and the Theory of Deterrence**. *The Journal of Legal Studies*, v. 28, n. 1, jan 1999.

POLISHCHUK, Leonid. **Public Economics Course**. Department of Economics, Higher School of Economics. Coursera Org., Mai/2014, Lecture 5-5-5.5. Disponível em <<https://pt.coursera.org/course/publiceconom>>. Acesso em 19 de maio de 2015.

_____. **Public Economics Course**. Department of Economics, Higher School of Economics. Coursera Org., Mai/2014, Lecture 3-1-3.1. Disponível em <<https://pt.coursera.org/course/publiceconom>>. Acesso em 19 de maio de 2015.

_____. **Public Economics Course**. Department of Economics, Higher School of Economics. Coursera Org., Mai/2014, Lecture 3-1-3.1. Disponível em <<https://pt.coursera.org/course/publiceconom>>. Acesso em 19 de maio de 2015.

PORAT, Ariel; YADLIN, Omri. **Valuable Lies**. University of Chicago, Coase-Sandro Institute for Law & Economic Research Paper, n. 706, Out/2014.

POSNER, Eric A. **A Theory of Contract Law under Conditions of Radical Judicial Error**. John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 80, The Law School of Chicago, ago/1999.

_____. **Law, economics and inefficient norms**. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 144, 1995, p. 1697.

_____. **Economics, politics, and the reading of statutes and the constitution**. *The University of Chicago Law Review*, vol. 49, n° 2 (Spring, 1982), p. 263-291. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/1599424>>. Acesso em 6 de junho de 2014.

_____. **The Right of Privacy**. 1978. Sibley Lecture Series. Paper 22. Disponível em <http://digitalcommons.law.uga.edu/lectures_pre_arch_lectures_sibley/22>. Acesso em 27 de junho de 2014).

_____. **An economic approach to legal procedure and judicial administration**. *Journal of Legal Studies*, v. 2, 1973, p. 399-400).

_____. **An economic approach to the law of evidence**. John M. Olin Law & Economics Working Paper n. 66, Universidade de Chicago. Disponível em <<http://www.law.uchicago.edu/files/files/66.Posner.Evidence.pdf>>. Acesso em 2 de maio de 2015, p. 7.

_____. **Economic analysis of law**. New York: Aspen, 2003.

_____. **What Do Judges Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does)**. John M. Olin Law & Economics Working Paper n. 15, 2D Series. Disponível em <http://www.law.uchicago.edu/files/files/15.RAP_Judges.pdf>. Acesso em 19 de maio de 2015.

POSTEMA, Gerald J. **Philosophy of the common law**. In.: COLEMAN, Jules e SHAPIRO, Scott. *The Oxford handbook of jurisprudence & phylosophy of law*. New York: Oxford University Press, 2004, pp. 588-622.

PRENDERGAST, Canice. **Bureaucratic Responses**. Disponível em <<http://faculty.chicagobooth.edu/canice.prendergast/research/BureaucraticResponses.pdf>>. Acesso em 22 de junho de 2014.

PRENDERGAST, Canice. The limits of bureaucratic efficiency. **The Journal of Political Economy**, v. 111, n. 5, p. 929-958, Out/2003. Disponível em <<http://faculty.chicagobooth.edu/canice.prendergast/research/TheLimitsOfBureaucraticEfficiency.pdf>>. Acesso em 22 de junho de 2014.

RASKOLNIKOV, Alex. **Six Degrees of Graduation: Law and Economics of Variable Sanctions**. Columbia Law and Economics Working Paper n. 508. Dez/2014. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=2532501>>. Acesso em 19 de maio de 2015.

REECE, Rupert; PETER, Natasha. **Enforcing Adjudication Decisions**. RDAI/IBW, N°5, 2013, p. 403-419, p. 403.

RIBEIRO, Marcelo Stopanovski. **Características da informação na teoria quântica e suas possíveis interpretações para um objeto informacional na ciência da informação**. Tese de Doutorado apresentado como requisito de obtenção do título de doutor. Brasília: Universidade de Brasília, 2014. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/17773/1/2014_MarceloStopanovskiRibeiro.pdf>. Acesso em 17 de abril de 2015, p. 110.

ROBBINS, Lionel. **An Essay on the Nature and Significance of Economic Science**. 2ª., ed. London, 1935.

ROBINSON, Paul. **The Role of Deterrence in the Formulation of Criminal Law Rules: At Its Worst When Doing Its Best**. Faculty Scholarship, paper 56, 2003.

RODRIGUES, Ruy Zoch. **Ações Repetitivas: casos de antecipação de tutela sem o requisito de urgência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ROSENBERG, David; SHAVELL, Steven. **A simple proposal to halve litigation costs**. Virginia Law Review, v. 91, 2005;

ROSSETTI, José Paschoal. **Introdução à Economia**. 8ª ed., São Paulo: Atlas, 1980, p. 153-164).

ROTHBARD, Murray N. **Anatomy of the State**. Alabama, LvMI – Mises Institute, 2009).

RUBINFELD, Daniel L.; SAPPINGTON, David E.M. **Efficient Awards and Standards of Proof in Judicial Proceedings**. The RAND Journal of Economics, vol. 18, n° 2, 1987, pp. 308-315.

RUBINSON, Robert R. **Mapping the World: facts and meaning in adjudication and mediation**. Maine Law Review, v. 63, n. 1, 2010.

SAKS, Michael J. **Enhancing and restraining in accuracy adjudication**. Law and Contemporary Problems, v. 51, n. 4, Empirical Studies of Civil Procedure, Part 2, 1988.

SAKS, Michael J.; BLANCK, Peter D. Justice improved: the unrecognized benefits of aggregation and sampling in the trial of mass torts. **Stanford Law Review**, v. 44, p. 833-841, 1992;

SANCHIRICO, Chris W. **The Economic Analysis of Evidence, Procedure and Litigation**. Institute for Law and Economic Research Paper, n. 06-04, University of Pennsylvania, 2006, item 4.

SCHAFER, Hans-Bernd. **Rule Based Legal Systems as a Substitute for Human Capital**. Should Poor Countries Have a More Rule Based legal System? Workshop, UC Berkeley, 21-22 September 2001. Disponível em <<http://escholarship.org/uc/item/7vg1x8cs#page-2>>. Acesso em 7 de março de 2015.

SCHELLING, Thomas C. **The strategy of conflict**. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

SCHWARTZ, Alan. **Relational Contracts in the Courts: An Analysis of Incomplete Agreements and Judicial Strategies**, *The Journal of Legal Studies*, v. 21, n. 2, jun/1992, p. 284),

SHAVELL, Steven. **Liability for accidentes**. In.: POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven (eds.). *Handbook of law and economics*. Disponível em <<http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/07-Shavell-Liability%20for%20Accidents-Hdbk%20of%20LE.pdf>>. Acesso em 19 de maio de 2015.

_____. **The social versus the private incentive to bring suit in a costly legal system**. *The Journal of Legal Studies*, v. 11, n. 2, 1982, p. 333-340. Disponível em <http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/11_J_legal_stud_333.pdf>. Acesso em 19 de maio de 2015.

SHECAIRA, Fábio. **Construindo o Direito com Regras e Standards** (cap. 10). Disponível em <<http://fabioshecaira.wikispaces.com/file/view/Cap%C3%ADtulo+Dez.pdf>>. Acesso em 2 de maio de 2015, p. 6-19

SPENCE, Michael. **Job Market Signaling**. *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 87, No. 3. aug., 1973, pp. 355-374. Disponível em <<http://www-bcf.usc.edu/~shaddin/cs590fa13/papers/jobmarketsignaling.pdf>>. Acesso em 19 de maio de 2015.

_____. **The Next Convergence: The Future of Economic Growth in a Multispeed World**. New York: Farrar, Straus and Giroux. May 2011.

STEIN, Alex. **Foundations of evidence law**. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 264p.

STEMPEL, Jeffrey W. **Reflections of Judicial ADR and the Multi-door Courthouse at Twenty: Fait Accompli, Failed Overture, or Fledgling Adulthood**. *Scholarly Works. Paper 202*. 1996. Disponível em <<http://scholars.law.unlv.edu/facpub/202>> Acesso em 19 de maio de 2015

STIGLER, George J. **The economics of information**. *The Journal of Political Economy*, v. 69, n. 3, p. 213-225, jun/1961. Disponível em <<http://home.uchicago.edu/~vlima/courses/econ200/spring01/stigler.pdf>>. Acesso em 18 de maio de 2015.

STIGLITZ, Joseph E. **Information and the change in the paradigm in economics**. Prize Lecture, Aula magna, Stockholm University, 2001. Disponível em <http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2001/stiglitz-lecture.html>. Acesso em 22 de junho de 2014.

_____. **The contributions of the economics of information to twentieth century economics**. *The Quarterly Journal of Economics*. Vol. 115, nº 4, 2000, pp. 1441-1478.

STRAUSSMAN, Jeffrey D. **Courts and Public Purse Strings: Have Portraits of Budgeting Missed Something?** *Public Administration Review* Vol. 46, nº4, 1986, pp. 345-351. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/976308>>. Acesso em 19 de maio de 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **A Katchanga e o Bullying Interpretativo no Brasil**. *Consultor Jurídico*, 28/6/2012. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-28/senso-incomumkatchanga-bullying-interpretativo-brasil>>. Acesso em 23 de março de 2015.

_____. **Por Que Tanto se Descumpre a Lei e Ninguém Faz Nada?** *Consultor Jurídico*, 14/11/2013. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-14/senso-incomum-tanto-descumpre-lei-ninguem-faz-nada>>. Acesso em 12 de junho de 2014.

SUÁREZ Miranda. **Viajes de varones prudentes**. Libro Cuarto, cap XLV, Lérida, 1658.

SUNSTEIN, Cass R. **Financial Regulation and Cost-Benefit Analysis: A Comment**. *The Yale Law Journal*, v. 124, 2014-2015, 22/1/2015. Disponível em <<http://www.yalelawjournal.org/forum/financial-regulation-and-cost-benefit-analysis>>. Acesso em 19 de maio de 2015.

_____. **The law of group polarization**. John M. Olin Law & Economics Working Paper n. 91. Chicago: University of Chicago Law School, 1999. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=199668>>. Acesso em 10 de maio de 2015.

SUNSTEIN, Cass R.; Vermeule, Adrian. **Conspiracy Theories**. Harvard Public Law Working Paper No. 08-03; U of Chicago, Public Law Working Paper No. 199; U of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper nº. 387. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1084585>>. Acesso em 10 de maio de 2015.

_____. **On the expressive function of law**. 1996. Disponível em <http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3526&context=penn_law_review>. Acesso em 19 de maio de 2015.

_____. **The Limits of Quantification**. California Law Review, v. 102, n. 6, dez/2014, p. 1369.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. **Iniciação na ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2006.

TIMM, Luciano Benetti. **Análise Econômica dos Contratos**. TIM, Luciano Benetti (org.). Direito e Economia no Brasil. São Paulo: Atlas Editora, 2012.

TRAUTMAN, Lawrence J. **Virtual Currencies; Bitcoin & What Now after Liberty Reserve, Silk Road, and Mt. Gox?** Richmond Journal of Law and Technology, Vol. 20, nº. 4, 2014. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=2393537>>. Acesso em 10 de maio de 2015.

TRAUTMAN, Lawrence J.; MICHAELY, George P. **The SEC & the internet: regulating the eeb of deceit**. March 31, 2014. Consumer Finance Law Quarterly Report (Forthcoming). Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1951148>>. Acesso em 10 de maio de 2015.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN Daniel. **The framing of decisions and the psychology of choice**. Science, New Series, Vol. 211, nº. 4481. (Jan. 30, 1981), pp. 453-458.

TWINING, William. **Rethinking Evidence: Exploratory Essays** (Law in Context). Jun 19, 2006, 2ª. Ed., Cambridge University Press: New York, 2006:76, p. 653-655 e 672

_____. **Rethinking Evidence: exploratory essays**. 2ª. Ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

Executive Order 13.536 - Exec. Order No. 13,563, 76 Fed. Reg. 3821, 3821 (Jan. 18, 2011), in Sunstein, Financial Regulation

USA. Suprema Corte. **Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.**, 433 U.S. 36, 58 (1977) (Northern Pac. Ry. v. United States, 356 U.S. 1, 5 (1958).

V. O. Key. **The lack of a budgetary theory**. The American Political Science Review, Vol. 34, nº. 6, Dec., 1940, pp. 1137-1144. Disponível em <<http://academic.evergreen.edu/curricular/atpsmpa/V.%20O.%20Key%20Jr.%20Lack%20of%20a%20Budgetary%20Theory.pdf>>. Acesso em 19 de maio de 2015.

VERMEULE, Adrian. **Connecting positive and normative legal theory**. Journal of Constitutional Law, v. 10, n. 2, jan/2008, p. 389

_____. **Judging under Uncertainty**. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

VERMEULE, Adrian. **Judging under Uncertainty**. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 108.

VICTOR, Sérgio A.F. **Diálogo Institucional, Democracia e Estado de Direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição**. Tese de doutorado em Direito do Estado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013, p. 18-28).

WEITZMAN, Martin. **Optimal search for the best alternative**. Mit Energy Laboratory Report, 1979. Disponível em <<http://dspace.mit.edu/bitstream/handle/1721.1/31303/MIT-EL-78-008-05532979.pdf?sequence=1>>. Acesso em 2 de maio de 2015.

YAMAMURA, Fiji. **Trial Experience, satisfaction and incentive to bring another lawsuit:** Does aspiration level influence winner and losers? Munich Personal RePEc Archive, 2009. Disponível em <<http://mpra.ub.uni-muenchen.de/16149/>>. Acesso em 3 de maio de 2015.